

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



TESIS DOCTORAL

El llamado derecho suave en el derecho de la competencia

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Marta Gisela Martínez Martínez

DIRECTOR

José Eugenio Soriano García

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**EL LLAMADO DERECHO SUAVE EN EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Marta Gisela Martínez Martínez

DIRECTOR

José Eugenio Soriano García

Madrid, 2017

Dedicado a
Mis padres, Marta y Oscar

AGRADECIMIENTOS

Al profesor José Eugenio Soriano García, quien, desde el inicio de este sueño ha acompañado mi formación en España como un verdadero maestro, inculcándome pasión por el Derecho, fortaleza de espíritu y rectitud profesional. Infinito agradecimiento por su tiempo y dedicación durante todos estos años.

A mi esposo César Raúl Moreira Brítez, por apoyar este gran proyecto que significó varios años suyo y por demostrarme que el verdadero amor vence todo. Su sostén en mis horas de soledad y su acompañamiento en la distancia, han sido el motor de redacción de cada una de estas páginas.

A mi familia de Paraguay, en especial a mi madre, Marta Martínez, por su amor incondicional y por su paciente espera. A mi familia de España, Tía Julia, Tío Paco, Eva, Kiko, Paco, María y Lolina, por haberme hecho sentir en casa.

Especial agradecimiento a Tania Yaneth Gil Vallejos, por apuntalarme en los momentos difíciles y por compartir mis progresos con cariño. Gracias por el tesoro invaluable de una amistad sincera.

A los amigos que me dieron su apoyo desde Paraguay y a los que tuve la fortuna de conocer en Madrid, hago especial mención a Sandra Milena Ortiz Laverde, compañera de doctorado con quien me une una amistad perdurable llena de hermosos recuerdos.

A María Aguirre, por su trato amable desde mi primer día en la Universidad Complutense de Madrid y María Sol Pacheco por la paciencia entrañable en la etapa final de la redacción del presente trabajo.

Mi agradecimiento al Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Haber participado de los seminarios “Eduardo García de Enterría” durante mis cinco años en España y haber tenido el gran honor de conocer personalmente al profesor García de Enterría, serán por siempre la mayor riqueza de mi formación académica.

Finalmente, al Gobierno español, el cual a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), financió la presente investigación. Elevo mi gratitud con la confianza de que los conocimientos alcanzados serán vertidos en la formación de la cultura de la competencia en Paraguay.

ABREVIATURAS

AAI: Autoridad Administrativa Independiente

AN: Audiencia Nacional

BCE: Banco Central Europeo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CEE: Comunidad Europea

CNC: Comisión Nacional de la Competencia

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CP: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

CUE: Comunicación de la Unión Europea

DOUE: Documento de la Unión Europea

IPN: Informes de Propuestas Normativas

LDC: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa

LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del Estado

LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

MAIN: Memoria de Análisis de Impacto Normativo

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo económicos

RDC: Reglamento de Defensa de la Competencia

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

STG: Sentencia del Tribunal General

STS: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCEEA: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica

TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJ: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

RESUMEN	15
ABSTRACT.	19
CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS	21
1. INTRODUCCIÓN	23
2. DELIMITACIONES METODOLÓGICAS.....	27
3. OBJETO DE ESTUDIO, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	30
3.1. Objeto de estudio.....	30
3.2. Hipótesis de la investigación.	31
3.3. Objetivos de la investigación	31
4. La elección de la denominación “Derecho suave”.	31
PARTE GENERAL: EL LLAMADO DERECHO SUAVE	35
CAPITULO I:	37
EL DERECHO SUAVE: UN CONCEPTO JURÍDICAMENTE CONFUSO Y CONTROVERTIDO.....	37
1. Origen y desarrollo del Derecho suave.	37
2. Causas de surgimiento del Derecho suave	44
2.1. La crisis de la Ley	45
2.2. La gobernanza y la globalización.....	50
3. El Derecho suave: breve repaso doctrinal y elementos	54
3.1. Conceptualización conforme a las corrientes doctrinales.....	54
3.2. Elementos del denominado Derecho suave conforme a la doctrina	60
4. Nuestra categorización de Derecho suave y su relación con los Principios Generales del Derecho: Remisión	65
CAPÍTULO II.....	67
DERECHO SUAVE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA	67
1. Introducción.....	67
2. El Derecho suave y las fuentes del Derecho de la Unión Europea.....	69

2.1 Una breve referencia a los actos atípicos y su diferencia con los actos de Derecho suave.	75
3. <i>Enumeración de alguna de las reacciones del Parlamento Europeo ante la proliferación del Derecho suave</i>	81
3.1. Resolución del Parlamento Europeo de 4 de setiembre de 2007 sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho suave.	81
3.2. Documento del Parlamento europeo acerca de los controles y contrapesos del Derecho suave	84
3.3. Instrumentos para la mejora de la legislación europea: las denominadas evaluaciones de impacto y el Derecho suave.	87
4. <i>La revisión judicial del Derecho suave de la Unión Europea.</i>	89
4.1. Impugnación de Derecho suave por la vía del recurso de anulación	91
4.2 Impugnación de Derecho suave por la vía de la cuestión prejudicial	97
4.2. 1. Impugnación del Derecho suave vía cuestión prejudicial de validez antes de la sentencia del 13 de diciembre de 1989, asunto Grimaldi.	97
4.2.2. El Asunto Grimaldi y su importancia respecto a la declaración por el Tribunal de Justicia de los efectos jurídicos del Derecho suave	97
4.2.3. Impugnación del Derecho suave vía cuestión prejudicial de validez tras la sentencia del 13 de diciembre de 1989, asunto Grimaldi.	103
4.3. La anterior referencia a la denominación “regla de conducta indicativa” y la actual alusión a la denominación “normas de conducta de carácter general”	105
5. <i>La relevancia del Asunto Gauweiler</i>	111
<i>SÍNTESIS DE LA PRIMERA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN</i>	115
<i>PARTE ESPECIAL: EL LLAMADO DERECHO SUEVE EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA</i>	119
<i>INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE</i>	121
<i>CAPITULO III</i>	125
<i>EL DERECHO SUAVE EUROPEO EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA</i>	125
1. <i>Introducción</i>	125
2. <i>Autoridad europea en materia de Defensa de la competencia.</i>	128
3. <i>El Derecho europeo de la competencia: descripción de la normativa general</i>	131
4. <i>Instrumentos de Derecho suave europeo en Defensa de la Competencia.</i>	135

5. Jurisprudencia de la Unión Europea: alcances y efectos del Derecho suave.	152
5.1. Acerca del carácter estrictamente no vinculante del Derecho suave y su función.....	152
5.2. Los efectos jurídicos del Derecho suave de la competencia según la jurisprudencia de la Unión.	155
5.2.1. Transparencia y previsibilidad	155
5.2.2. Autolimitación de la discrecionalidad de la Comisión	157
5.2.3. El deber de motivación de la Comisión en caso de que decida apartarse de su propio Derecho suave	159
6. A modo de conclusión del Capítulo III.	162
EL DERECHO SUAVE ESPAÑOL EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	173
1. <i>Introducción</i>	173
2. <i>La normativa en materia de Defensa de la competencia en España</i>	174
2.1. Normativa vigente sobre competencia:	175
3. <i>La autoridad de competencia en España</i>	176
3.1. Diseño institucional previo a la promulgación de la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la competencia.	176
3.2. <i>Diseño institucional con la vigencia de la Ley 15/2007 y la creación de la Comisión Nacional de Competencia.</i>	180
3.3. <i>Diseño institucional con la vigencia de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia</i>	183
3.3.1. La redistribución de funciones de la autoridad de Defensa de la Competencia en España tras la fusión	192
4. <i>Habilitación legal de la CNMC para emitir Derecho suave</i>	207
4.1. Habilitación legal de la CNMC para dictar Circulares y razones para excluirlas de la categoría de Derecho suave	207
4.2. Habilitación legal de la CNMC para dictar Comunicaciones.....	214
4.3. Habilitación legal de la CNMC para aprobar su Código de conducta.....	217
CAPITULO V	219
1. <i>El código de conducta del personal de la CNMC en la cúspide de la pirámide</i>	219
2. <i>Las Comunicaciones en materia de competencia: su importancia y alcance</i>	220
2.1. Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones, de 6 de febrero de 2009....	223

2.1.1 Alcance de la comunicación a la luz de las resoluciones de la Autoridad de Competencia y de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.	233
2.1.1.a) Primer grupo de sentencias analizadas: la doctrina de la Audiencia Nacional cuestionando la metodología de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones y la respuesta del Tribunal Supremo al recurso de casación.	234
2.1.1.a) 1. Fallos de la Audiencia Nacional.....	234
2.1.1.a) 2. Fallos del Tribunal Supremo en relación con el alcance de la Comunicación de cuantificación de sanciones	255
2.1.1.a) 3. Fallos de la Audiencia Nacional posteriores a la Sentencia de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo	259
2.1.1.a) 4. Resoluciones de la CNMC posteriores a la jurisprudencia del Tribunal Supremo	262
2.1.1.b) Segundo grupo de sentencias analizadas: interpretación acorde al alcance y sentido de la Comunicación para cuantificación de las sanciones.	265
2.1.2. A modo de conclusión respecto al alcance de la Comunicación de cuantificación de multas	272
2.2. Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores de 28 de setiembre de 2011.	277
2.2.1. Alcance a la luz de las resoluciones de la Autoridad de Competencia y la jurisprudencia	291
2.2.2. Los efectos de la <i>Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores</i> a la luz de la Jurisprudencia de la Audiencia Nacional.....	296
2.3. Comunicación sobre los supuestos a los que resulta de aplicación el formulario abreviado previsto en el artículo 56 de la LDC, de 28 de setiembre de 2011.....	303
2.3.1. Resoluciones de la Autoridad de Competencia tras la aprobación de la Comunicación sobre supuestos de formulario abreviado.	307
2.4. Comunicación sobre el programa de clemencia, del 19 de junio de 2013	307
2.4.2. A modo de conclusión acerca del alcance de la comunicación sobre clemencia	314
3. <i>La promoción de la competencia y el Derecho suave</i>	315
3.1. Instrumentos de Promoción de la competencia que ingresan en la categoría de Derecho suave.	319
3.1.1. Recomendaciones y Guías.....	320
3.1.1.a) Recomendaciones	322
3.1.1.a) 1. Recomendaciones derivadas de los Estudios de mercado	322
3.1.1.a) 2. Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia	325
3.1.1.b) Guías	326
3.1.1.b) 1. Guía para la elaboración de Memorias de Competencia.	327
3.1.1.b) 2. Guía para las Asociaciones Empresariales.....	329
3.1.1.b) 3. Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC y la Guía contra el fraude en la Contratación Pública de la CNMC	329

4. Instrumentos de Promoción de la competencia que no ingresan a la categoría de Derecho suave.....	330
4.1. Instrumentos de Promoción de competencia que no ingresan a la categoría de Derecho suave.....	332
4.1.1. Estudios de mercado	333
4.1.2. Informes	333
4.1.3. Documentos de trabajo	337
4.2. Otros instrumentos emitidos por la autoridad de competencia: Planes y Memorias de actuación.....	338
CAPITULO VI: CATEGORIZACIÓN DEL DERECHO SUAVE	341
1. Naturaleza jurídica del Derecho suave.	341
2. Definición de Derecho suave como categoría jurídica en el ámbito del Derecho de la competencia	346
3. Relación del Derecho suave con los principios generales del Derecho.....	347
3.1. Su relación con los principios de: Buena fe, confianza legítima y <i>non venire factum propium</i>	349
3.2. Su relación con el principio de seguridad jurídica	352
CONCLUSIONES.....	355
BIBLIOGRAFÍA	363

RESUMEN

La presente investigación analiza de la naturaleza y efectos jurídicos del *Derecho suave*, estudiada como una categoría diferenciada del ordenamiento jurídico y especialmente relevante en el ámbito del Derecho de la competencia.

La aparición del Derecho suave es el resultado de un complejo proceso de transformación que ha afectado a las estructuras del Estado contemporáneo, a la realidad social y al tejido económico, con la consiguiente aparición de nuevas formas de regular una compleja y cambiante realidad. Estas fórmulas no vinculantes de ordenación de conductas, aparecen con vocación para generar efectos jurídicos determinados, lo que nos obliga a analizar una teoría de las normas jurídicas diferente, pero no ajena al Derecho.

Hay autores que le niegan valor jurídico, otros afirman su naturaleza híbrida como una especie de categoría gris entre el Derecho duro y la ausencia de Derecho, y quienes, por último, creemos que forman parte del Derecho; pero no como una especie de categoría intermedia o híbrida, sino como una categoría propia cuyo adjetivo “suave” se debe a su elemento característico, la falta de efectos estrictamente vinculantes de carácter general. Lo cierto es que, sea cual fuera la postura, lo que ningún sector de la doctrina desconoce es el hecho de que el Derecho suave sea capaz de influir en la realidad, diseñar conductas e incidir en el comportamiento de los ciudadanos y de los poderes públicos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha declarado competente tanto por la vía recurso de anulación como por vía de la cuestión prejudicial de validez para entender en casos de Derecho suave, basado en el requisito de la capacidad de este tipo de instrumentos de producir efectos jurídicos a pesar de su efecto vinculante estrictamente vinculante de carácter general, bajo la condición de que no se aparten del Tratado, Leyes y reglamentos, siendo el efecto medida quasivinculante, que se examina caso por caso, su característica más certera.

La investigación abarca una descripción exhaustiva de los instrumentos de Derecho suave en el ámbito de la defensa de la competencia en Europa y en España, con un análisis jurisprudencial caso por caso, dando a cada tipo de instrumento de Derecho suave una

función diferenciada de acuerdo con los efectos y alcances que los tribunales europeos y españoles les han dado en el ámbito de la defensa de la competencia. De dicha labor investigativa, hemos obtenido el siguiente concepto de Derecho suave: *categoría del Derecho formada por instrumentos jurídicos estrictamente no vinculantes de ordenación de conductas, de variada configuración y con efectos jurídicos propios, determinados caso por caso, los cuales pueden autovincular a la autoridad que las emite y pueden ser impugnables ante los Tribunales*”.

La principal función de esta categoría del ordenamiento jurídico en el ámbito de la defensa de la competencia es brindar mayor transparencia al Derecho de la competencia, clarificándolo, interpretando o complementándolo, dependiendo del tipo de instrumento. Nacen para ser parámetros de interpretación –especialmente en el procedimiento sancionador- y complemento de la normativa de la defensa de la competencia, y en este sentido orientan o establecen reglas indicativas de cómo debe aplicarse el Derecho de la competencia. No deben establecer nuevas reglas ni dictar disposiciones en contraposición de la normativa y sólo debe utilizarse cuando el Derecho de la competencia requiere ser clarificada o complementada.

La función del Derecho suave es brindar transparencia, previsibilidad y seguridad jurídica de actuación, con los siguientes efectos jurídicos en materia de competencia:

- a) disminuir la discrecionalidad de la Comisión y de las autoridades nacionales de competencia, auto vinculándolas a su propio Derecho suave, del cual no pueden apartarse sin motivación, bajo riesgo de ser sancionadas por violación del principio de confianza legítima.
- b) aumentar la certeza jurídica al aplicar un Derecho de la competencia más uniforme
- c) aumentar la seguridad jurídica al dotar de previsibilidad a los operadores económicos, que conociendo las reglas de actuación de la Comisión y de la CNMC o AAI, pueden anticipar la aplicación del Derecho de la competencia al caso concreto al que deberán adaptar las disposiciones conforme a las indicaciones de su Derecho suave.

Así, la correcta utilización del Derecho suave por parte de las autoridades de competencia, aplicado conforme a los parámetros descritos en la investigación, son una importante categoría del Derecho y cumplen un papel fundamental en el ámbito del Derecho de la competencia.

ABSTRACT.

The present research analyzes the nature and legal effects of *Soft Law*, studied as a differentiated category of legal order and especially particularly relevant in the antitrust policy.

The appearance of *Soft Law* is the result of a complex process of transformation that has affected the structures of the contemporary State, the social reality and the economic structure, with the consequent appearance of new forms of regulating a complex and changing reality. These *strictly non-binding rules of conduct*, appear with vocation to generate certain legal effects, which forces us to analyze a different theory of legal rules, but not unrelated to Law.

There are authors who deny its legal value, others assert its hybrid nature as a sort of gray category between the *hard Law* and the absence of law, and those who, by last, that believe these *rules* are part of the Law, but not as a sort of intermediate or hybrid category, but as a category of its own whose adjective “*soft*” is due to its characteristic element: *their lack of strictly binding and general effects*. The truth is, whatever the posture, what any sector of the doctrine does not know is the fact that *Soft Law* is capable of influencing reality, compel conducts and impinge and affect the behavior of citizens and public authorities.

The Court of Justice of the European Union has declared itself competent, both by way of the action for annulment and by the reference for a preliminary ruling, to understand in cases of *Soft Law*, based on the requirement of the capacity of this type of instruments to produce legal effects despite its *strictly binding effect ad extra*, on the condition that they do not depart from the Treaty, Laws and regulations, being the effect measure quasi binding, which is examined case by case, its most accurate property.

The research exhibit an exhaustive description of the instruments of *Soft Law* in the field of Competition Law in Europe and Spain, with case-by-case jurisprudential analysis, giving each type of instrument of *Soft Law* a differentiated function according to the effects and scope that the European and Spanish Courts have given them in antitrust policy. Of such research work, we have obtained the following concept of *Soft Law*: *category of Law*

formed by strictly non-binding rules of conduct, of varied configuration and with its own legal effects, determined case by case, which can be binding for the issuing authority and open to challenge before the Courts.

The main function of this category of the legal system is to provide transparency to competition law, clarifying, interpreting or complementing it, depending on the type of instrument. These *strictly non-binding rules of conduct* are born to be parameters of interpretation - especially in the infringement procedure- and complement of the regulations of antitrust policy, and in this sense guide or establish indicative rules of how the competition law should be applied. They should not establish new rules or dictate dispositions in contraposition of the norms and should only be used when competition law requires to be clarified or complemented.

The function of *Soft Law* is to provide transparency, predictability and legal certainty of action, with the following legal effects on competition law:

- a) To reduce the discretion of the Commission and the national authorities of competition, who can not to separate from its own Soft Law without motivation, under the risk of violates the principles of protection of legitimate expectations
- b) To increase legal certainty by applying a more uniform competition law.
- c) To increase legal security by providing predictability to economic operators that knowing the rules of action of the Commission and the CNMC or AAI, anticipating the application of competition law to the concrete case to which they must adapt the provisions according to the indications of their *Soft Law*.

Thereby, the correct use of *Soft Law* by the competition authorities, applied according to the parameters described in the research, is an important category of Law and plays a key role in Competition Law.

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación estudia la naturaleza y efectos jurídicos del llamado *Derecho suave*¹, analizado como categoría diferenciada del ordenamiento jurídico y especialmente relevante en el ámbito del Derecho de la competencia.

A pesar de su difícil inserción al ordenamiento jurídico y de su controvertida existencia, el Derecho suave ha proliferado de manera considerable, especialmente en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, de allí el interés de aventurarse a desarrollar una traducción al español del término anglosajón mayoritariamente acuñado como *soft law*, que guarde relación con sus elementos y características esenciales y que pueda diferenciarse como categoría especial dentro del Derecho de la competencia.

La investigación abarca una descripción exhaustiva de los instrumentos de Derecho suave en el ámbito de la defensa de la competencia en Europa y en España son su correspondiente análisis jurisprudencial caso por caso. De dicha labor investigativa, hemos obtenido un concepto de Derecho suave conforme a los elementos comunes de todos los instrumentos analizados y tras ello, finalmente hemos podido determinar su naturaleza jurídica, efectos y función en la Defensa de la competencia.

Los instrumentos de Derecho suave son de muy distinta variedad, y ante la falta de claridad conceptual derivada de su proliferación desordenada y meteórica, resulta esencial que se encuentren claramente vinculados con un propósito determinado, a fin de evitar diferentes denominaciones para un mismo tipo de función², y por ello, hemos dado a cada tipo de instrumento una función diferenciada de acuerdo con los efectos y alcances que los tribunales europeos y españoles les han dado en el ámbito de la defensa de la competencia.

¹ Denominado por la doctrina mayoritaria con el término anglosajón *soft law*, como categoría diferenciada. Acuñado también por varios autores como “derecho suave, blando o débil”, pero que a los efectos de esta tesis doctoral llamaremos *Derecho suave*. Cfr. página 30 de la tesis doctoral respecto a la elección del término Derecho suave, como traducción más exacta.

² Siguiendo las recomendaciones de SENDEN en su importante trabajo sobre *soft law* en SENDEN, L: *Soft law in European Community Law*. Ed. Hart, Oxford y Portland. Oregon, 2004. Pág. 499.

La adecuada conceptualización del Derecho suave nos brinda la posibilidad de incluir dentro de la definición solamente a los instrumentos que cumplan con ciertos parámetros; con lo cual, independientemente de la nomenclatura o forma del instrumento (recomendación, comunicación, orientación, etc.), será su tipología lo que definirá su inclusión o no en la categoría de Derecho suave. Esto resulta importante, teniendo en cuenta la confusión existente ante todas estas declaraciones de juicio o voluntad que formulan las autoridades, especialmente en el ámbito regulatorio.³

Cabe acotar que la aparición del Derecho suave es el resultado de un complejo proceso de transformación que ha afectado a las estructuras del Estado contemporáneo, a la realidad social y al tejido económico, con la consiguiente aparición de nuevas formas de regular una compleja y cambiante realidad⁴, partiendo de la idea de que el ordenamiento jurídico actual pierde sus trazos arquitectónicos para convertirse en un organismo mutable y fluido, sin que se sepa en ocasiones a ciencia cierta cuándo estamos en él y cuándo nos situamos extramuros⁵.

Numerosos autores⁶, tanto en Europa como en España han estudiado este fenómeno de normas no vinculantes, y como veremos a lo largo de la investigación, mucho se ha dicho en cuanto a su confusa y controvertida aparición.

³ ARIÑO ORTIZ, G: “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”. *Revista de Administración Pública*. Número 182. Pág. 9-37. Mayo/agosto, 2010.

⁴ LAPORTA F.: “Gobernanza y Soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional” en ALFONSO RUIZ, Miguel (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*. Editorial Trotta, S.A. Madrid, 2014. Pág. 42

⁵ Véase el Prólogo de ESTEVE PARDO, J. en SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Ed. Aranzadi S.A. Madrid, 2008.

⁶ En cuanto a la bibliografía más relevante respecto al estudio del Derecho suave, véanse como importantes referencias los siguientes trabajos: FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales*. Ed. Iustel. 5ta Edición. Madrid, 2016; SORIANO GARCIA, J. E: “Código penal y cumplimiento normativo: la paradoja de un derecho suave que elimina al más fuerte de los derechos (los tiempos están cambiando)”. Ed. *Centro de Buen Gobierno, Instituto de Empresa*. España, 2016; GUILLÉN CARAMÉS, J. (Coordinador) *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*. Ed. Aranzadi. Madrid, 2015, GUILLÉN CARAMÉS, J.: “Transparencia y acceso a la información pública en el Derecho de la Competencia”, en VVAA *Régimen jurídico de la transparencia del*

Hemos consultado normativa y jurisprudencia, revisando la principal doctrina de cada ordenamiento jurídico analizado. Del análisis de la información obtenida, podemos adelantar tres tipos de tendencias en cuanto a la naturaleza jurídica que se ha adjudicado al llamado Derecho suave. Así, hay autores que le niegan valor jurídico, otros –la doctrina

sector público. VALERO, J. y FERNANDEZ, M. (Coordinadores). Ed. Aranzadi. Madrid, 2014, GUILLÉN CARAMÉS, J. (Director) *Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: “La sentencia Gauwailer (c-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo”. *Revista española de derecho europeo*, núm. 57, 2016, págs. 63-67; *Id.* “La sentencia Gauwailer (c-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo”. *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Número 41. Año 2015. Pág. 101-105; *Id.* “European Soft Law and National Authorities: Incorporation, Enforcement and Interference” en *The Soft Law of European Organizations*. Jean-François Flauss (Editor), Julia Iliopoulos-Strangas (Editor). Baden-Baden / Bern / Athens: Nomos / Stämpfli / Sakkoulas, 2012; *Id.* “The Function of EU Soft Law” en *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*. Dennis Weber (Editor). Ámsterdam, 2010; *Id.* *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Ed. Aranzadi S.A. Madrid, 2008, *Id.* “La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006; ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Ed. Aranzadi S.A., Tercera edición, Cizur Menor, 2012; *Id.* “El soft law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001; ESCUDERO, R. “El concepto de Soft Law” en MORESO, J. J., MARTÍ J. L.: *Contribuciones a la filosofía del Derecho*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2012; MEDINA ORTEGA, M.: “Reglas indicativas de conducta”, En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCIA, J. E (Director), LORENZANA TENORIO, A y ORTIZ LAVERDE, S (Coordinadores). Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012; *Id.* “Soft Law: su relevancia como instrumento jurídico de la Unión Europea”, en J.M. BENEYTO PÉREZ, Dir., y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS y B. BECERRIL ATIENZA, Coords., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, Tomo IV, *Las fuentes y principios de la Unión Europea*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 263-344; SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A.: “Los actos comunitarios atípicos y su incidencia en la legislación española” en VVAA: *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Libro homenaje a la Prof. Victoria Abellán Honrubia. Ana María Badia Mautí, Antoni Pigrau i Solé, Andreu Olesti Rayo (Coordinadores). Volumen 2. Año 2009. Páginas 803-830; *Id.* “La aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa”. En *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, CINI, M., *The Soft Law Approach: Commission Rule-Making in the EU's State Aid Regime*, *Journal of European Public Policy*, N° 8, 2001; SENDEN, L y VAN DER BRINK, A.: “Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making”. Estudio elaborado por la Dirección General de Política Interna de la Unión Europea. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2012; SENDEN, L.: “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet? *Electronic Journal of Comparative Law*, núm. 91, 2005; *Id.* “Soft law in European Community Law”. Ed. Hart, Oxford y Portland. Oregon, 2004; SHELTON, D (Ed): *Commitment and Compliance. The role of Non- Binding Norms in the International Legal System*. Oxford University Press, 2000, *Id.* “Editor's Concluding note: The role of Non-binding norms in the International Legal System”, in SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000; GOMEZ-FERRER RINCON, R.: “El soft law comunitario en materia de telecomunicaciones”. *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 8, año 2003; HILLGENBERG, H., “A Fresh Look at Soft law”, *European Journal of International Law*, núm. 10, 1999; KLABBERS, J. “The Undesirability of Soft law”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 36, 1998; GERSEN, J. E y POSNER, E.A: *Soft Law. Public Law and Legal Theory Paper*, 2008 y el estudio denominado *Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making*, elaborado por la Dirección General de Política Interna de la Unión. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2012. Autores: Prof. Dr. L.A.J. Senden y Dr. A. van den Brink, Europa Institute, Utrecht University.

mayoritaria- afirman su naturaleza híbrida como una especie de categoría gris entre el Derecho duro (*hard law*) y la ausencia de Derecho, y quienes, por último, creemos que forman parte del Derecho pero no como una especie de categoría intermedia o híbrida, sino como una categoría propia cuyo adjetivo “suave” se debe a su falta de efectos estrictamente vinculantes.

Lo cierto es que, sea cual fuera la postura, lo que ningún sector de la doctrina desconoce es el hecho de que el denominado Derecho suave sea capaz de influir en la realidad, diseñar conductas e incidir en el comportamiento de los ciudadanos y de los poderes públicos.

Aunque el elemento característico del Derecho suave es su falta de efectos estrictamente vinculantes, lo cierto es que producen sí efectos y es susceptible de modificar la realidad por medio de la formulación de conductas o actuaciones que autovinculan a la autoridad que las emite (de competencia o de la que se trate) e incide en el comportamiento de ciudadanos y operadores jurídicos, incluso admitiendo su impugnabilidad. Lo examinaremos en su momento.

Por todo ello, estas fórmulas no vinculantes de ordenación de conductas⁷, fruto de prácticas poco habituales, aunque extendidísimas en el tiempo actual⁸, aparecen con una vocación para generar efectos jurídicos determinados, lo que nos obliga a analizar una teoría de las normas jurídicas diferente, pero no ajena al Derecho.

⁷ Respecto al Derecho suave en el plano de la regulación y la Defensa de la competencia, consultar especialmente los siguientes trabajos: Véanse los números trabajos que hacen alusión a la presencia de Derecho suave en el procedimiento sancionador en el ámbito del Derecho de la competencia, en GUILLÉN CARAMÉS, J. (Coordinador) *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*. Ed. Aranzadi. Madrid, 2015 y GUILLÉN CARAMÉS, J. (Director) *Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. De igual forma, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M: “Uso y abuso del Derecho indicativo en la regulación económica”. En VVAA *Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L (Coordinadores). Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2011; ARIÑO ORTIZ, G: “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 182. Pág. 9-37. Mayo/agosto, 2010 y PADRÓS REIG, C: “Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos ad extra de las autoridades de Defensa de la Competencia en el control de los cárteles”. *Documentos de Trabajo. Serie Política de la Competencia*. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo. Número 38, año 2013.

⁸ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Ed. Aranzandi S.A. Madrid, 2008. Pág 27

El Derecho suave así entendido, integra el ordenamiento jurídico y desde luego, en el Derecho de la competencia, con efectos jurídicos y funciones delimitados, con lo cual, en un terreno de difícil actuación para las normas de Derecho –como lo es el Derecho de la competencia-, los actos e instrumentos de Derecho suave orientan y complementan la legislación, dotando de transparencia y seguridad jurídica, a la par que acotan la amplia discrecionalidad tanto de la Comisión como de las autoridades nacionales de defensa de la competencia.⁹ Se demostrarán a lo largo de la tesis doctoral todas estas afirmaciones.

2. DELIMITACIONES METODOLÓGICAS.

La tesis doctoral sigue una metodología *deductiva y comparada* aportando un resultado *constructivo*.

Deductiva puesto que parte de un análisis general de la categoría, para luego ingresar al estudio particular dentro del Derecho de la competencia y *comparada* ya que se analizan en simultáneo dos ordenamientos jurídicos diferentes pero interrelacionados; el Derecho de la Unión Europea y el Derecho español en materia de defensa de la competencia. Ambos métodos son técnicas de interpretación perfectamente acreditadas en el artículo tercero del Título Preliminar del Código Civil español, que ofrece finalmente un resultado *constructivo*. Sin hipérbole, entendemos que nuestra aportación incorpora un elemento conceptual que permitirá calificar resueltamente al Derecho suave como un supuesto de genuino Derecho.

⁹ Junto con la alternativa que representa el Derecho suave frente a los instrumentos jurídicos tradicionales, el Derecho suave permite al Estado adoptar decisiones de la forma jurídicamente más correcta, especialmente en el ejercicio de potestades discrecionales. Así, a la hora de ejercer un margen discrecional de decisión, la Administración que actúa en un contexto normativo en el que existe Derecho suave, encontrará criterios y pautas de decisión que circunscribirán la adopción del acto específico. Mediante la función clarificadora del Derecho suave, el conocimiento técnico o los estándares de conducta que prevé aquél aportan elementos determinantes de cara a los órganos públicos. Un condicionamiento que facilita la labor hermenéutica de otros operadores jurídicos, como los tribunales de justicia, que en su labor controladora de la conducta pública y privada podrán encontrar criterios que les conduzcan hacia la respuesta más correcta. Un criterio que resultará aún de mayor interés si tenemos en cuenta que el acto o instrumento de Derecho suave refundirá conocimiento técnico, una cualidad de la que carecen los órganos del poder público en el caso concreto, y que el Derecho suave contribuirá a subsanar. Véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: *El soft law administrativo*. Op. Cit. Pág. 63 y 68.

Entre los límites u obstáculos de la investigación se pueden señalar los siguientes: la confusa y controvertida conceptualización, las posiciones doctrinales divergentes, la meteórica proliferación de los instrumentos que ingresan al ámbito del estudio con sus numerosas manifestaciones y la falta de claridad respecto a sus efectos jurídicos.

El periodo del análisis de casos abarca desde el año 2009 hasta inicios del año 2017. Durante dicho periodo, la investigación tuvo que lidiar con el ritmo de las reformas institucionales en España. Como veremos en el capítulo cuarto de la investigación en torno al diseño institucional de la autoridad de competencia en España, la creación y posterior propuesta de extinción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha supuesto una significativa contribución a la investigación puesto que nos ha permitido incorporar y comparar la actividad de la extinta Comisión Nacional de la Competencia junto con la experiencia de la CNMC, con sus luces y sombras en cuanto a la producción de Derecho suave.

Advertimos la existencia de un reciente anteproyecto de Ley que pretende realizar, más o menos exactamente la operación contraria a la fusión de los organismos, distinguiendo entre un órgano de regulación y otro dedicado al Derecho de la competencia. En este momento no está disponible aún dicho anteproyecto de Ley, existiendo no obstante una peculiar “nota” publicada en el portal del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, que hace lo que parece ser un resumen del contenido del borrador del futuro anteproyecto, y paradójicamente solicita comentarios al mismo, lo que supone una valoración “ciega” de lo que podría llegar a ser dicho anteproyecto¹⁰.

¹⁰ Actualmente se encuentra abierta la Consulta pública previa sobre el *Anteproyecto de Ley sobre racionalización y ordenación de los organismos supervisores de los mercados y para la mejora de su gobernanza*, disponible en <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.32ac44f94b634f76faf2b910026041a0/?vgnnextoid=f285fe8c8f48a510VgnVCM1000001d04140aRCRD> [En línea]. La consulta tiene como objetivo recabar, directamente o a través de sus organizaciones representativas, la opinión de las personas y entidades potencialmente afectadas por la norma proyectada. Según el documento sometido a consulta, el Gobierno plantea desde el Ministerio de economía que «en un contexto económico en el que la estructura de los mercados y las prácticas mercantiles están en cambio permanente, resulta oportuno reordenar el sistema institucional de defensa de la competencia, así como de la supervisión y la regulación en el ámbito económico y financiero. Se trata de observar las mejores prácticas, tanto en la escena nacional como internacional, para adoptarlas y obtener el mejor modelo de gobierno posible en las instituciones encargadas de velar por el buen funcionamiento de los mercados, promover la existencia de competencia efectiva en los

Por la relevancia del tema, creímos conveniente incluir en la segunda parte de la tesis doctoral –que es donde se encuentra el análisis fáctico–, todo el debate relacionado a la fusión de los organismos reguladores y la autoridad de competencia en una sola autoridad, así como la mención a la reciente decisión del Gobierno español de extinguirla tras sus pocos años de existencia.

Respecto a la estructura de la investigación, la tesis doctoral se divide en dos partes y seis capítulos.

La parte general abarca todo el estudio del Derecho suave globalmente considerado, con el desarrollo de sus posibles causas de aparición, su origen en el ámbito del Derecho internacional y sus elementos característicos, además del análisis integral del sistema normativo de la Unión Europea en perspectiva de la inclusión de este tipo de Derecho, debido a la gran influencia de su expansión y utilización por las instituciones que conforman la Unión Europea.

La parte especial de la investigación ingresa al ámbito concreto de nuestro estudio, enmarcando al Derecho suave en el ámbito del Derecho de la Competencia. Con este fin, en el capítulo tercero desarrollaremos todo lo relacionado al Derecho suave europeo en materia de Defensa de la Competencia, ya que es en el Derecho Europeo de la Competencia donde el Derecho suave ha adquirido su mayor relevancia. En los capítulos cuarto y quinto, examinamos todo lo referente al Derecho suave en materia de Defensa de la competencia en España.

El motivo de delimitar el estudio al Derecho de la Competencia obedece a la multiplicación del Derecho suave en este campo, lo cual demuestra que en el mundo de la regulación ya no bastan los patrones clásicos de la legalidad (Ley, Reglamento, Decreto, Orden Ministerial). Éstos se ven hoy completados por nuevas formas de ordenación de distinta y variada denominación, así encontramos «directrices», «recomendaciones», «circulares»

mismos y asegurar la eficaz protección de los derechos de los consumidores y usuarios». Finalmente, con la nueva norma se crearán las siguientes AAI: - AAI de Competencia - AAI de Supervisión y Regulación de los Mercados -AAI de Seguros y Planes de Pensiones - AAI de Protección de los Usuarios de Servicios Financieros y de los Inversores Financieros. (Fecha de última consulta 17 de marzo de 2017)

«instrucciones», «guías interpretativas», «orientaciones», «comunicaciones», «códigos de buen gobierno» y otros productos, a los que hemos venido a llamar *Derecho suave*.

A los efectos metodológicos, la investigación toma como modelo de análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa en Europa y en España, el trabajo realizado por PAZ SÁENZ DE SANTA MARIA denominado “*La aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa*” en su *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*¹¹, pero delimitándolo a nuestro objeto de estudio.

3. OBJETO DE ESTUDIO, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Objeto de estudio

El objeto de estudio de la tesis doctoral se basa en el análisis de la naturaleza y efectos jurídicos del llamado *Derecho suave*, estudiado como una categoría diferenciada del ordenamiento jurídico y especialmente relevante en el ámbito del Derecho de la competencia.

Considerado como un concepto jurídico confuso, el Derecho suave plantea a los juristas la interrogante acerca de su naturaleza jurídica, en donde la primera hipótesis que debemos resolver es si al hablar de Derecho suave o blando o débil o dúctil, estamos hablando de Derecho o no, y si los instrumentos que ingresan a esta categoría (que son diversos y provenientes de distintos tipos de sujetos y autoridades), son considerados como meras recomendaciones o reglas indicativas de conducta sin efectos jurídicos claros o si por el contrario, tiene todas las características de cualquier norma jurídica.

Con la obtención del concepto de Derecho suave y la descripción de sus elementos esenciales, realizaremos un mapa de la existencia de todos los tipos de instrumentos de

¹¹ SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A: “*La aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa*”. En *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*. Texto del informe, estudios y ponencias. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008

Derecho suave en Defensa de la competencia en el ámbito europeo y español, elaborando una tabla de instrumentos, con el fin de llegar a un posterior análisis global de su influencia que nos permita obtener finalmente los efectos jurídicos concretos que emana de esta categoría del ordenamiento jurídico.

3.2. Hipótesis de la investigación.

Hipótesis 1: El Derecho suave es Derecho.

Hipótesis 2: El Derecho suave tiene características y efectos jurídicos específicos.

Hipótesis 3: Los instrumentos que ingresan a la categoría de Derecho suave cumplen funciones específicas en el ámbito del Derecho de la competencia.

3.3. Objetivos de la investigación

- 1- Agotar todas las manifestaciones del Derecho suave en el ámbito de la Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta que uno de los puntos débiles del Derecho suave se basa en la existencia de tantas y distintas manifestaciones de este “Derecho suave”, haciendo difícil el establecimiento de un único modelo de tal tipo de instrumentos.
- 2- Categorizar los instrumentos de Derecho suave que ingresan en la categoría analizada según su función en el ámbito de la Defensa de la competencia y descartar de manera fundada aquellos que no reúnen los elementos del tipo.
- 3- Obtener una definición de que llamamos Derecho suave tras el examen de sus elementos característicos y efectos jurídicos más precisos.

4. La elección de la denominación “Derecho suave”.

La elección del término Derecho suave para la tesis doctoral es fruto de la confirmación de las hipótesis de la investigación¹² y de la construcción de una definición propia de la categoría jurídica analizada.

¹² Cfr. más adelante con el Capítulo Sexto de la investigación.

Tras resolver la primera hipótesis de nuestra investigación¹³, nos hemos decantado por descartar el término anglosajón *soft law*¹⁴, acuñando el término “Derecho suave”, para todos aquellos instrumentos que ingresan al concepto planteado, descartando –ya de manera inicial- la idea de la existencia de una especie de *contradictio in termini*¹⁵, y al afirmar que el Derecho suave es Derecho, todos aquellos instrumentos que no tengan la aptitud de regular conductas, que se limitan a expresar cierto parecer, o instrumentos que apenas aspiran a proveer información, se descartan del ámbito del Derecho suave¹⁶.

Hemos adoptado la denominación “Derecho suave”, puesto que entendemos que estamos en presencia de Derecho entendido con mayúsculas (regulación de carácter general destinada a producir efectos jurídicos) atemperado sólo por su característica suave al momento de la producción de consecuencias vinculantes, que no deja de pertenecer al ámbito del Derecho por la ausencia de la sanción, siendo que la *producción de efectos jurídicos* es la principal función que puede desempeñar una norma de Derecho.

¹³ Hipótesis 1: El Derecho suave es Derecho.

¹⁴ Respecto a la utilización del término anglosajón, SARMIENTO manifiesta que prácticamente la totalidad de la doctrina se ha acercado a este fenómeno normativo ha empleado el término *soft law*, sea cual sea la lengua en la que se escriba. Por tanto, decía que emplear un término diferente en un trabajo como el suyo habría supuesto apartarse de un uso arraigado entre una amplísima comunidad de juristas. Véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: *El soft law administrativo. Op. Cit.* Pág. 29. De igual forma, ESCUDERO entiende que el anglicismo *soft law* es un término creado por la doctrina a partir del análisis y la interpretación de la realidad jurídica y en este sentido señala que: «el hecho de que se hable de *soft law* pretende, precisamente, servir de la carga emotiva favorable con que cuenta dicho término para así, aunque sea de una forma no vinculada a la coacción, tener mayor éxito en los objetivos propuestos. Objetivos que son, en este caso, similares a los del *hard law*; conformar conductas y regular actividades, es decir, incidir en la realidad». Véase ESCUDERO, R. “El concepto de Soft Law” en MORESO, J. J., MARTÍ J. L: “Contribuciones a la filosofía del Derecho”. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2012. Pág. 139.

¹⁵ SENDEN apunta: «uno puede entender el argumento de que el término *soft law* constituye una *contradictio in terminis*: *soft law* sin efectos legales no es Derecho y *soft law* con efectos legales es Derecho», consultar SENDEN, L: *Soft law in European Community Law. Op. Cit.* Pág 109. Además, teniendo en cuenta que la palabra inglesa “*soft*” se traduce al castellano como “suave” o “blando” y el Derecho es por definición rígido (*dura lex sed lex*), se podría considerar que la expresión constituye una contradicción en sus propios términos (*contradictio in adiecto*). Sin embargo, SORIANO afirma que «resulta rechazable es contraponer tal derecho suave a un “derecho duro” como si el nuevo eje de distinción en el Derecho tuviera que ver con semejante ligera división». Véase SORIANO GARCIA, J. E: Código penal y cumplimiento normativo: la paradoja de un derecho suave que elimina al más fuerte de los derechos (los tiempos están cambiando)”. Ed. Centro de Buen Gobierno, Instituto de Empresa. España, 2016.

¹⁶ Cfr. Capítulo sexto de la investigación respecto a la categorización del Derecho suave según nuestra definición.

Advertimos que este tipo de Derecho se encuentra en evolución, ya con algunos alcances típicamente propios del Derecho tradicional, como puede comprobarse en el carácter paralizante de la aplicación del más enérgico de los Derechos, como es el caso de las técnicas de cumplimiento normativo frente a la aplicación del Derecho penal¹⁷.

Con la elección de una traducción propia y adaptada a sus elementos y particularidades, descartamos la utilización del término como una especie de «cajón de sastre», donde meter todo aquello que no encaja en las categorías tradicionales y que tiene una enorme potencialidad a la hora de causar dificultades al intérprete del derecho¹⁸.

Por último, el adjetivo suave le viene determinado por su principal característica: *su falta de efecto estrictamente vinculante como característica más resaltante*. Peculiaridad ésta que no le resta aptitud para producir efectos jurídicos y para regular conductas. Es por ello que no creemos conveniente hablar de *hard law* como lo opuesto al Derecho suave o de una especie de categoría híbrida, sino más bien hablar de *Derecho o no Derecho*, y dentro de lo que sí es Derecho, distinguir su función y alcance; descartando la existencia de una categoría residual, en donde lo blanco es el Derecho, lo negro es la ausencia del Derecho y el Derecho suave es una zona gris.

¹⁷ Véase SORIANO GARCIA, J. E: “Código penal y cumplimiento normativo: *Óp. Cit.* Pág. 23.

¹⁸ ESCUDERO, R. “El concepto de Soft Law... *Óp. Cit.* Pág. 131

PARTE GENERAL: EL LLAMADO DERECHO SUAVE

CAPITULO I:

EL DERECHO SUAVE: UN CONCEPTO JURÍDICAMENTE CONFUSO Y CONTROVERTIDO

1. Origen y desarrollo del Derecho suave.

Remontándonos al siglo I a. C., el Derecho romano y sus exégetas se dedicaban a teorizar sobre figuras normativas muy próximas a lo que hoy conocemos como Derecho suave, conceptualizándolo como *leges imperfectae*. Se puede decir que el Derecho suave, o débil, siempre ha estado presente en el mundo de los juristas, las *leges rogatae*, que surgen de la colaboración entre los magistrados (cónsules), los comicios (por centurias) y el senado, contaban con una serie de elementos de carácter esencial: la *praescriptio* (una mención del magistrado que había tomado la iniciativa y datos sobre la asamblea comicial que había dado su aprobación); la *rogati* (el contenido dispositivo de la norma) y la *sanctio* (la determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la ley). Cuando la norma carecía de *sanctio*, se hablaba de una *lex imperfectae*¹⁹.

Sin embargo, el verdadero origen del Derecho suave como categoría del ordenamiento jurídico tiene su origen en el Derecho Internacional, tema estudiado por numerosos autores en este ámbito²⁰.

¹⁹ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: *El soft law administrativo*. Op. Cit. Pág. 75.

²⁰ A modo de referencia, véanse los trabajos de FERNANEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales*. Ed. Iustel. Madrid, 2016; MEDINA ORTEGA, M.: “Reglas indicativas de conducta” en VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCIA, J.E. (Director), LORENZANA TENORIO, A. y ORTIZ LAVERDE, S. M. (Coordinadores). Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012; MAZUELOS, A.: “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 8. Pág. 1-40; Gersen, J. E y POSNER, E.A: “Soft Law”. *Public Law and Legal Theory Paper*, 2008; DEL TORO, I: “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* IV, 2006; CHIKING, C: “Normative Development in the International Legal System”, en SHELTON, D (Ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford University Press, 2000; HILLGENBERG, H: “A Fresh look at Soft Law”. *European Journal of International Law*, Núm. 10, 1999; KLABBERS, J.: “The Redundancy of Soft Law”. *Nordic Journal of International Law*. Núm. 65, 1996. Pág. 167-182; PROSPER W.: “Towards relative normativity in International Law”. *American Journal of International Law*, 1983, Pág. 413-442.

La expresión “*soft law*” fue introducida en los años treinta del siglo pasado por un destacado profesor británico, Arnold Duncan McNair²¹, quien más tarde accedería al cargo de magistrado del Tribunal Internacional de Justicia y al título de Lord.

La denominación tuvo éxito en la literatura del Derecho internacional posterior a la segunda guerra mundial cuando durante la guerra de Corea el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas quedó bloqueado después de que el representante de la Unión Soviética - que se había ausentado imprudentemente de sus sesiones justo antes de que se desencadenaran las hostilidades- volvió a ocupar su asiento y a ejercer su veto en el mismo. Ante este hecho, los Estados Unidos, sus aliados de la Europa occidental y de las otras zonas del mundo consiguieron que la Asamblea General, donde la Unión Soviética no tenía derecho a veto, adoptara una resolución que, sin pretender tener carácter obligatorio, recomendaba a los Estados miembros la adopción de medidas dirigidas a apoyar al Gobierno de Corea del Sur frente al ataque de Corea del Norte²².

De este modo se sentó el precedente de que un grupo de países se arrogaba facultades de ejecución en nombre de la Organización de las Naciones Unidas en virtud de resoluciones

²¹ Arnold Duncan MacNair fue el primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1965). Previamente, había sido presidente de la Corte Internacional de Justicia, durante los años 195-1955. La referencia a esta “paternidad” del concepto de *soft law* puede encontrarse en DUPUY, R. J: “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la costume sauvage á la soft law”, en VVAA, *L’élaboration du droit international public*, Toulouse: Société Francoise pour le Droit international, 1975; ABBI-SAAB, G: “Éloge du droit assordé”, en VVAA, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommages á Francois Ripuix*, Bruxelles, 1993 y CHINKIN, C. M: “Normative Development in the International Legal System”, en SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000. No debe extrañar que sea un internacionalista quien admita en nuestra época, por vez primera, la idea de una nueva fuente del Derecho no prevista clásicamente en los códigos civiles. Si damos un salto en la historia cabría recordar que el gran juez *Joseph Story* habló ya de una fuente tan peculiar como la “comity”, esto es, la cortesía entre las naciones como técnica tácita, cuasiconvencional de generación de relaciones basadas en el Derecho. Recordemos su definición “*We may thus indulge the hope that at no distant period the comity of nations, will be, but another name, for the justice of nations*”, debemos mantener o sostener la esperanza, de que, en un tiempo no muy distante, la cortesía entre las naciones, cualquiera que sea su nombre, servirá a la justicia entre las naciones” (la traducción es nuestra) Véase STORY, J. y QUIROGA, C.: *Comentarios sobre los Conflictos de Leyes*. Volumen I y Volumen II. Ed. F. Lajouane. Universidad de Michigan, 1891.

²² MEDINA ORTEGA, M.: “Reglas indicativas de conducta” en VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCIA, J.E. (Director), LORENZANA TENORIO, A. y ORTIZ LAVERDE, S. M. (Coordinadores). Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012, pág. 435

no vinculantes adoptadas por un órgano, la Asamblea General, que sólo podía adoptar recomendaciones no vinculantes²³.

En el año 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas había adoptado la Declaración Universal y este documento consiguió con posterioridad reconocimiento general como fuente del Derecho en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, a pesar de su carácter formalmente no vinculante. A partir de entonces se generalizó la adopción de recomendaciones no obligatorias por órganos de instituciones internacionales, que, sin tener carácter vinculante, eran seguidas por muchos Estados, y éstos, a su vez, podían invocarlas frente a las alegaciones de otros Estados miembros de incompetencia del órgano y del carácter *ultra vires* de estas resoluciones²⁴.

PROSPER²⁵, adelanta el concepto de relativismo positivista y en un interesante y polémico artículo que data del año 1983 habla del relativismo positivista, estudiando los riesgos y potenciales daños que la teoría del *ius cogens* y la noción de obligación *erga omnes* podrían ocasionar al futuro del Derecho Internacional como un sistema normativo y funcional. Y, más específicamente, respecto al Derecho suave, KLABBERS, en su artículo *The Redundancy of Soft Law*²⁶, declara que desde los años 1970, los internacionalistas parecían convencidos de que el Derecho Internacional no es un sistema binario dividido en rúbricas como: legal o ilegal, vinculante o no vinculante, sino más bien caracterizado por su infinita variedad. En lugar de una división binaria entre lo negro y lo blanco, existe una gran zona gris en medio ocupada por aquellos documentos e instrumentos que no son claramente Derecho, pero tampoco podemos decir que son legalmente insignificantes.

Históricamente el tráfico comercial internacional ha mostrado su marcada vocación de universalidad, siendo esa vocación anterior a que las relaciones de cualquier índole entre

²³ *Ídem*.

²⁴ MEDINA ORTEGA, M.: *Reglas indicativas de conducta*, *Óp. Cit.* Pág. 436.

²⁵ PROSPER W, *Towards relative normativity in International Law* . American Journal of International Law, 1983, Pág. 413-442.

²⁶ KLABBERS, J: *The Redundancy of Soft Law*. Nordic Journal of International Law. Número 65, 1996. Pág. 167-182.

los pueblos y entre los Estados alcanzasen el grado de fluidez que ofrecen en la hora actual. Así, un sistema jurídico, y mucho menos un sistema dedicado a la reglamentación de las transacciones mercantiles internacionales, no puede mantenerse constreñido por reglamentaciones producto exclusivo del legislador interno, desfasadas e inadecuadas a la realidad de los negocios; y estas notas también son consustanciales al empleo de convenios internacionales como medio de unificación del Derecho material, que tampoco pueden desprenderse de la presencia de los intereses estatales²⁷.

Tras su éxito en el ámbito de las organizaciones internacionales, el empleo del Derecho suave ha pasado a ser habitual en el marco de las organizaciones internacionales europeas, incluida la Unión Europea, a pesar de las dificultades en su definición²⁸ y ha pasado a ser invocado en otras áreas del Derecho, como en el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, en el Derecho fiscal, a pesar de su dureza y rigidez; incluso en la esfera del más duro de los Derechos: el Derecho penal²⁹.

En la reciente reforma del código penal español, específicamente en la disposición del artículo 31 bis³⁰, podemos observar cómo una norma débil, de puro Derecho suave, pero ya

²⁷ FERNANEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENCIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales*. Ed. Iustel. Madrid, 2016. Pág. 36

²⁸ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: *El soft law administrativo*. Op. Cit. Pág. 67.

²⁹ Véase SORIANO GARCIA, J. E: “Código penal y cumplimiento normativo... *Óp. Cit.* Pág. 23 y siguientes.

³⁰ El artículo 31 bis del Código penal reformado, establece:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

*2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, **la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:***

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

norma, deja de ser una regla meramente indicativa de la conducta para constituirse en el escudo protector, en la causa de exoneración, del más severo y duro de los Derechos, nada menos que del propio derecho penal³¹.

Ante esto, se contempla cierta sorpresa y alguna estupefacción en cómo una serie de fórmulas con una textura diferente, adquieren un protagonismo muy destacado en la resolución de las cuestiones que se le plantean y en la realización de sus objetivos, genéricamente ligados a los servicios públicos y a la satisfacción de necesidades de carácter general³².

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios

³¹ SORIANO GARCIA, J.E: *Código penal y cumplimiento normativo: Óp. Cit.* Pág. 26.

³² Es esa fluida y permeable relación entre un Derecho Administrativo guardián de fuertes potestades, rigurosamente formalizado por ello, y un Derecho informal que pretende abrir el cauce que no encuentran ciertas demandas y expectativas- o dar entrada a otras aportaciones como puedan ser las que se hagan desde el conocimiento experto- la que sin duda explica el interés por el *soft law* en la doctrina y sistemática del Derecho Administrativo. Véase el prólogo de ESTEVE PARDO, José en SARMIENTO, Daniel: *“El soft law*

Ahora bien, nos interesa de manera especial señalar el surgimiento del Derecho suave en el área de la regulación económica³³ y más específicamente en el Derecho de la competencia³⁴, en donde el legislador ha tenido que otorgar amplios poderes de decisión a los entes y órganos reguladores o decisorios, entre ellos a las autoridades reguladoras de la competencia y en donde el Derecho suave brinda importantes aportes.

Frente al dualismo clásico del *rule of law*, que únicamente reconocía dos categorías – aplicación de la ley y acto arbitrario-, se ha añadido una tercera modalidad de actuación del poder político: el razonable ejercicio de un poder discrecional, que los juristas han tratado siempre de limitar, pero que renace una y otra vez a medida que los Gobiernos amplían su campo de actuación e intervienen en el mundo económico y social. Esto ha sido así especialmente en el área de la regulación económica, en la que el legislador ha tenido que otorgar amplios poderes de decisión a los entes u órganos reguladores o decisorios³⁵.

administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración”, Ed. Aranzadi S.A, 2008.

³³ Según ARIÑO ORTIZ, aunque siempre ha existido ordenación económica, el modelo de regulación que hoy prima en el mundo de los sectores disciplinados es de reciente factura. Es una normativa compleja, mezcla de presupuestos tecnológicos (que hay que conocer si queremos entender las normas), análisis económico y del Derecho constitucional y administrativo, todo ello más o menos embadurnado de política, en una relación siempre difícil con ésta. Sobre este tema véase ARIÑO ORTIZ, G: “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”. *Revista de Administración Pública*. Número 182. Pág. 9-37. Mayo/agosto, 2010. Pág. 31.

³⁴ Para mayor análisis, un interesante trabajo sobre el Derecho suave en defensa de la competencia es se encuentra en PADRÓS REIG, C: “Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos ad extra de las autoridades de Defensa de la Competencia en el control de los cárteles”. *Documentos de Trabajo. Serie Política de la Competencia. Instituto Universitario de Estudios Europeos*. Universidad San Pablo. Número 38/2013.

³⁵ MARTINEZ GARRIDO, S.: “Técnicas de regulación: regulación mediante soft law”. En VVAA *Cuadernos para ingenieros*. Volumen 15. Tema: “Regulación”. AGUNDEZ, M. A., MARTINEZ-SIMANCAS, J. (Coordinadores). Ed. La Ley. Coeditado por Iberdrola y el Colegio de ingenieros ICAI. España, 2012. Págs. 17-36. En la Pág. 27 MARTINEZ GARRIDO señala que la razón es muy clara: los Parlamentos son incapaces de prever y dar respuesta a las grandes cuestiones de política económica que se plantean una y otra vez en el campo de la regulación económica, industrial o de los mercados; por ello, el legislador se ve obligado a aprobar marcos de actuación flexibles y a delegar amplios poderes a los órganos y entes reguladores para que los apliquen y resuelvan las controversias que surjan entre los principales actores de cada sector.

Consciente de la importancia de esta nueva realidad, la Comisión Europea plasmó en su documento 2003/C/321/01 “*legislar mejor*”³⁶ el objetivo de aclarar la compleja normativa que en el seno de la regulación comunitaria se estaba produciendo, y donde se proponía expresamente recurrir a la corregulación y a la autorregulación para aquellos supuestos en los que no se consideraba conveniente la creación de normas tradicionales con fuerza de ley³⁷.

En definitiva, la insuficiencia de las fuentes internas y de los Tratados internacionales y la necesidad de reglamentaciones alternativas condicionan al actual Derecho de los negocios internacionales, observándose el incremento de la normatividad internacional, por medio de la autorregulación y de unificación. Ello es expansión de la realidad comercial en la actual

³⁶ Acuerdo interinstitucional del Parlamento, el Consejo y la Comisión, en el que acuerdan mejorar la calidad de la legislación mediante una serie de iniciativas y procedimientos definidos. Los puntos principales del Acuerdo son los siguientes: a) Mejor coordinación del proceso legislativo, b) Una mayor transparencia y accesibilidad, c) Utilización de métodos de regulación alternativos, d) Medidas de aplicación (procedimiento de comité), e) Mejora de la calidad de la legislación bajo tres puntos: 1. Consulta pre legislativa, 2. Análisis de impacto, 3. Coherencia de los textos, f) Mejora de la transposición y aplicación, g) Simplificación y reducción del volumen de la legislación y h) Aplicación y seguimiento del Acuerdo.

³⁷ **Fundamento número 17:** La Comisión velará por que el uso de los mecanismos de corregulación y autorregulación se ajuste siempre al Derecho comunitario y respete los criterios de transparencia (publicidad de los acuerdos, en particular) y representatividad de las partes implicadas. Por otro lado, debe representar un valor añadido para el interés general. Estos mecanismos no serán aplicables cuando estén en juego los derechos fundamentales o se trate de opciones políticas importantes, o en situaciones en que deban aplicarse uniformemente las normas en todos los Estados miembros. Deberán garantizar una regulación rápida y flexible que no afecte a los principios de competencia ni a la unicidad del mercado interior.

Fundamento número 18: *Se entiende por corregulación* el mecanismo por el que un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones).

Podrá utilizarse este mecanismo sobre la base de criterios definidos en el acto legislativo para garantizar la adaptación de la legislación a los problemas y a los sectores de que se trate, reducir el trabajo legislativo concentrándose en los aspectos esenciales, y aprovechar la experiencia de las partes interesadas.

Fundamento número 22: *Se entiende por autorregulación* la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo (en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales).

Por regla general, estas iniciativas voluntarias no suponen una toma de posición por parte de las Instituciones, en particular cuando se producen en ámbitos no regulados por los Tratados o en los que la Unión aún no ha legislado. En el marco de sus responsabilidades, la Comisión examinará las prácticas de autorregulación, con el fin de verificar su conformidad con las disposiciones del Tratado CE.

Fundamento número 23: La Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo de las prácticas de autorregulación que considere, por una parte, que contribuyen a la realización de los objetivos del Tratado CE y son compatibles con sus disposiciones y, por otra, que resultan satisfactorias en cuanto a representatividad de las partes interesadas, cobertura sectorial y geográfica y valor añadido de los compromisos contraídos. Examinará, sin embargo, la posibilidad de presentar una propuesta de acto legislativo, en particular, a petición de la autoridad legislativa competente o en caso de incumplimiento de estas prácticas.

etapa de las transacciones mercantiles internacionales, que encuentra en la autorregulación privada, en los procesos de unificación de carácter institucional y en la interacción de ambas técnicas su máxima expresión³⁸.

2. Causas de surgimiento del Derecho suave

La aparición de este tipo de Derecho, es el resultado de un complejo proceso de transformación. Estas nuevas manifestaciones surgen por motivos muy variados, ya sea la flexibilidad en los procedimientos de elaboración de normas, la negociación con actores públicos y privados, la insuficiencia del conocimiento técnico, la búsqueda de técnicas más democráticas de participación de la sociedad civil, una política más eficiente de difusión de normas, o una estrategia para depositar responsabilidades en otros ámbitos y en otras instancias³⁹.

Según ESCUDERO⁴⁰

«el contexto del surgimiento del Derecho suave se da por la insoportable presión de los poderes salvajes ante las instituciones democráticas, la consiguiente pérdida de confianza en las autoridades e instrumentos tradicionales, la demanda de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones políticas, una más que notable desafección del ciudadano hacia las instituciones y organizaciones supranacionales llamadas a cobrar un papel decisivo en un mundo globalizado, la intención de reservar determinados ámbitos de decisión a la opinión de los hipotéticos expertos en la materia, o el progresivo abandono de la regulación estatal en el marco de las relaciones económicas, entre otras muchas».

Al aparecer nuevas formas de regular la cambiante realidad, el Derecho ha encontrado la manera de adaptarse a estos cambios de la mundialización (o globalización)⁴¹ y el rápido

³⁸ FERNANEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R., MIGUEL ASECIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales*. Óp. Cit. Pág. 37.

³⁹ SARMIENTO, D: *El soft law administrativo...* Óp. Cit. Pág. 27

⁴⁰ ESCUDERO, R: *El concepto de Soft Law...* Óp. Cit. Pág. 144.

⁴¹ Véase AUBY, J-B.: "Globalización y descentralización". *Revista de Administración Pública*. Número 156. Setiembre-diciembre 2001.

ritmo de la innovación tecnológica en el sector de los servicios y el de los productos de consumo hacen que sea difícil ⁴²

Pasemos a realizar un breve repaso de las posibles causas de aparición de este tipo de fórmulas no vinculantes de regulación de conductas.

2.1. La crisis de la Ley

Se asiste hoy día a la consolidación de importantes cambios en la forma mediante la que las instancias políticas pretenden llevar a cabo las clásicas funciones del Derecho: regulación de conductas y resolución de conflictos.

Uno de los aspectos en los que se manifiesta con mayor intensidad este cambio es en el clásico papel central de la ley como instrumento efectivo de conformación imperativa de conductas, instituciones y políticas sociales⁴³.

La ley en sentido formal es entendida como la norma jurídica estricta aprobada por el Parlamento y el sometimiento a la ley es una consecuencia directa del Estado democrático de Derecho en cuanto que la ley es el producto del órgano directamente representativo de la voluntad popular⁴⁴. Bajo este principio, ninguna actuación o decisión administrativa puede ser contraria a una ley⁴⁵.

Tras dichas afirmaciones, parece difícil ubicar a este Derecho suave dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando el artículo 103.1 de la Carta Magna española expresa que «*la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y*

⁴² FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales. Op. Cit.* Pág. 55.

⁴³ ESCUDERO, R. “El concepto de Soft Law” en MORESO, J. J., MARTÍ J. L.: *Contribuciones a la filosofía del Derecho*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2012. Pág. 97.

⁴⁴ **Artículo 66 CE:** 1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.

⁴⁵ **Artículo 97 CE:** El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», parece ser que el constituyente quiso alejarse de una conclusión positivista y es realmente notable que existe un Derecho (con mayúscula en el texto) que tiene otro origen distinto del de la Ley; más simplemente, que la Ley no es el único origen del Derecho para el sistema constitucional, que el iuris y lex no se corresponden y se confunden, según el dogma central del positivismo⁴⁶.

En palabras de GARCIA DE ENTERRIA⁴⁷, *«que la Ley tenga que ser reducida a Derecho es, valga la obviedad, la única manera de poder extraer de sus preceptos soluciones justas, según el superior principio o mandato constitucional».*

El renombrado jurista español⁴⁸, manifestaba respecto a la idea de que el Derecho tiene que expresarse precisamente a través de leyes, que:

«la ley ha acompañado al Derecho desde sus orígenes. Rousseau será el profeta encendido de los nuevos ilustrados que pretenden directamente reconfigurar el orden político y que acuden para ello a la idea de la Ley. Rousseau lanzaba así una idea llamada a un largo y glorioso porvenir, la idea de que, a través del mágico mecanismo del establecimiento de las Leyes por la voluntad general, actuando por medio de preceptos igualmente generales, resultará un tipo de sociedad en la que reinará necesariamente la libertad de cada uno, sin otro límite que el respecto a la libertad igual de los demás. Esta idea pasará al fundamental artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789⁴⁹

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, E: “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 4. Número 10. Enero-abril 1984. El origen del texto procede del artículo 20.3 de la Constitución Alemana, ya que la Ley Fundamental de Bonn reaccionó frente al militante positivismo tal como fue interpretado por los jueces de la Alemania Nazi. Véase ALEXY, R.: “Una defensa de la fórmula de Radbruch” en *Anuario da Facultade de Dereito*. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf;jsessionid=9B444B6DA841D3A9B89325F4DB85F8F6?sequence=1> [Disponible en línea].

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRIA, E: *Principio de legalidad*. Op. Cit. Pág 19

⁴⁸ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E: “Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas”. Ed. Civitas, Madrid 1999. Pág 17-27.

⁴⁹ Artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden establecerse más que por la Ley”.

y es la que elevará a la más alta expresión la filosofía del Derecho y el Estado de Kant [...]».

Lo que parece que entonces nos piden estas nuevas realidades⁵⁰ es ir a la búsqueda de nuevos conceptos políticos y jurídicos capaces de describir con acuidad la nueva situación. En eso consiste el gran debate sobre la globalización cuando se lo mira desde la perspectiva de la teoría del Derecho⁵¹.

Con esto vemos que la ley no agota el ámbito del Derecho.

El Estado moderno conoce una pluralidad de fuentes de producción normativa y estamos en presencia de un proceso de sucesivo perfeccionamiento de las fuentes del Derecho⁵².

En el plano de la regulación económica y en cuanto a las razones que permiten el surgimiento del Derecho suave, en palabras de ARIÑO ORTIZ⁵³ apunta:

⁵⁰ Para mayor análisis véase FERNANDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*. Ed. Civitas. Madrid, 2016.

⁵¹ LAPORTA, F: “Gobernanza y Soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional” en ALFONSO RUIZ, Miguel (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*. Ed. Trotta, S.A. Madrid, 2014. Pág. 42.

⁵² Dentro del proceso de sucesivo perfeccionamiento de las fuentes de Derecho escritas que comienza con la Revolución Francesa (cuyos hitos principales son la supremacía de la ley, primero; el reconocimiento del carácter normativo y supra legal de la Constitución, más tarde), la aparición de poderes normativos reglamentarios –inferiores al legislativo- ha comenzado a producirse siempre de forma empírica, para ser después objeto de racionalización doctrinal y de reconocimiento por los propios textos constitucionales. Véase GARCÍA-MANZANO JIMENEZ DE ANDRADE, P: *Los reglamentos de las Administraciones Independientes*. Ed. Aranzadi S.A. Madrid, 2013

⁵³ ARIÑO ORTIZ, G: “El control judicial de las entidades reguladoras. *Op. Cit.* Pág 34. Respecto al surgimiento del Derecho suave en la regulación económica, véase pág. 14-15, en donde el autor manifiesta que el legislador ha tenido que otorgar amplios poderes de decisión a los entes u órganos reguladores o decisorios. La razón es muy clara: los Parlamentos son incapaces de prever y dar respuesta a las grandes cuestiones de política económica que se plantean una y otra vez en el campo de la regulación económica, industrial o de los mercados; por ello, el legislador se ve obligado a aprobar marcos de actuación flexibles y a delegar amplios poderes a los órganos y entes reguladores para que los apliquen y resuelvan las controversias que surjan entre los principales actores de cada sector[...] En la moderna regulación económica hay que distinguir dos cosas, ambas importantísimas: el régimen legal teórico y la práctica regulatoria. El primero es el definidor de los derechos y deberes de todos —autoridades, operadores y usuarios— y conviene que sea claro, estable, equilibrado; debe contener reglas y principios creíbles que inspiren confianza a los operadores; pero, por su propia naturaleza, la regulación no define con precisión soluciones cerradas a los múltiples conflictos que la realidad ofrece, sino que se ve obligada a formular criterios flexibles de actuación, en función de los objetivos y las circunstancias del momento. Aquí entra la práctica regulatoria y la calidad del regulador. ARIÑO ORTIZ, G: *El control judicial de las entidades reguladoras... Op. Cit.* Pág 32

«[...] Pues bien, en el Derecho económico moderno el grado de indeterminación contenido en las normas generales es tan grande que el principio de tipicidad resulta ilusorio. La lucha por el Derecho está hoy en esto: en la progresiva delimitación de los poderes discrecionales que la ley, necesariamente, otorga al regulador. A esto, justamente, viene a contribuir el soft law, pero lo hace de una manera informal, un tanto anárquica, porque ni es rule-making ni se ajusta a una definición exacta de «estándares» vinculantes (sólo son guías, orientaciones, consejos o advertencias). Es una forma de construir el Derecho sin comprometerse, pues luego, a la hora de dictar resoluciones en los casos concretos, declarando derechos o deberes, estas manifestaciones ni siquiera vinculan al propio regulador (salvo el supuesto de creación de confianza legítima, que puede dar lugar a responsabilidad patrimonial)⁵⁴»

Acerca del fenómeno de la legislación motorizada, acuñado por GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁵ al hablar de nuestro tiempo, en donde a diferencia de los postulados de Rousseau y de la filosofía del Derecho del siglo XVIII, el Poder Legislativo, dominado por los partidos y escenario predominante de sus luchas pugnaces, ha dejado de ser el depositario indiscutido y seguro de una voluntad nacional común, y ha sido preciso situar a su lado otra expresión superior del verdadero pacto social. Decía el citado autor:

«la segunda gran crisis de la Ley, y seguramente la más grave, es la producida por la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las Leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible. Carl Schmitt pudo hablar ya en 1946 de la «legislación motorizada». Ortega denunció igualmente en 1953 «la legislación incontinente».

⁵⁴ Analizaremos el tema de la autovinculación en la segunda parte de la investigación. La posición del Profesor Gaspar Ariño se corresponde con la visión tradicional del Derecho suave, que entendemos superada y que precisamente, cobra una nueva dimensión que consideramos un aporte capital en esta tesis doctoral. Difícilmente hoy podría afirmarse, sin más, que cualquier instrumento de Derecho suave no comporte una regla jurídica, sea cual sea su denominación y origen. Y, en consecuencia, ningún productor de estas reglas puede estimar que cabe separarse de las mismas sin una justificación suficiente. De momento, afirmamos con remisión a nuestra ulterior indagación que el Derecho suave desde luego vincula al creador del mismo y quien desee apartarse del mismo, tiene que tener una justificación razonable y con una motivación expresa y documentada.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E: “Justicia y..”. *Óp. Cit.* Pág 39-47.

En igual sentido, SARMIENTO⁵⁶, al analizar la crisis del Poder Judicial y de la técnica legislativa, señala que la apertura y maleabilidad de las leyes contribuye a que su aplicación sea igualmente abierta y maleable, dejando en manos del juez un arsenal de discrecionalidad judicial que admite una amplísima panoplia de decisiones posibles.

Esta idea es coincidente con la amplitud que permite el artículo tercero del Código Civil español⁵⁷, si bien en modo alguno permite una “escuela libre del Derecho”, ni mucho menos el ampliamente superado “uso alternativo del Derecho”⁵⁸.

La devaluación de la técnica legislativa no sólo dificulta la labor del hermeneuta, sino que incrementa aún más su discrecionalidad. Por tanto, una forma de atajar estas conductas pasa por adoptar otro tipo de normas; normas que no se incardinan en el sistema oficial de fuentes pero que actúan como parámetro de conducta para sus destinatarios⁵⁹. No obstante, se ha iniciado ya un proceso de incardinación del Derecho suave en el sistema de fuentes (salvada la distancia recuerda la clásica y vieja polémica sobre la naturaleza jurídica de las Circulares, instrucciones, etc.)

Respecto de esta crisis de la ley, GARCIA DE ENTERRIA⁶⁰ advertía el fenómeno de la superación definitiva e insoslayable del positivismo jurídico estricto en donde la

⁵⁶ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: *El soft law administrativo.. Op. Cit.* Pág. 39-42.

⁵⁷ **Artículo 3:** 1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita

⁵⁸ Respecto al concepto de uso alternativo del Derecho, el profesor Umberto Cerroni propone la resolución de un problema más complejo, demostrar que existe clasismo, en donde ninguna ventaja se presenta sancionada por condiciones desiguales. Así lo señalaba Carlos Marx, en su famosa Crítica al Programa de Gotha, al precisar que el Derecho constituye un tratamiento igual de condiciones desiguales. Profundizando en esta orientación, se comprueba que el Derecho clasista es ante todo un Derecho Formal, y que, además, un tratamiento formalmente igual de condiciones individuales desiguales, es sólo posible cuando todas las condiciones subjetivas, han llegado a ser «individuales»; han sido «atomizadas». Ahora bien, esa atomización ha sido realizada en interés de la clase dominante y debe ser compuesta en interés de las clases subalternas. Véase MONTORO BALLESTEROS, A.: “Sobre los riesgos del tecnicismo jurídico en la moderna Teoría del Derecho”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 12. 2011. Pág. 137-234.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E: “*Justicia y seguridad jurídica ... Op. Cit.* Pág 17-27.

extraordinaria movilidad de las Leyes -que parte de la creencia de que las Leyes son capaces de resolver todos y cada uno de los problemas que presenta sin cesar una cambiante sociedad- ha venido a hacer imposible, paradójicamente, el positivismo como método. En definitiva, decía el citado autor: «¡El legalismo exacerbado ha matado definitivamente al positivismo!»

Y es precisamente en este contexto donde el Derecho suave encuentra una de sus principales causas de surgimiento.

2.2. La gobernanza y la globalización.

Como otra importante causa de surgimiento y principal motor de la proliferación del Derecho suave, aparece el concepto de globalización. Los dos conceptos—*globalización* y Derecho suave— parecen ser producto de esa lógica peculiar que consiste en «*quitarle hierro*» a los conceptos antiguos, «*matar su veneno*» para hacerlos encajar en un horizonte más fluido, menos definido y más flexible.

Respecto al concepto de globalización JEAN-BERNARD AUBY⁶¹ sostiene que mientras que las grandes lenguas vecinas utilizan una única expresión (*globalization* en inglés, *globalización* en español, *globalizzazione* en italiano, *globalisierung* en alemán), el francés, por desgracia, se ha provisto con dos términos sobre las respectivas acepciones de las cuales reina una gran incertidumbre; en cualquier caso, se puede hablar de todo excepto de consenso. Todo lo que percibimos claramente —si se puede decir— es que *globalización* tiene habitualmente una connotación peyorativa que, por su lado, no tiene necesariamente el término *mundialización*. Yo prefiero escoger aquí la palabra *globalización*, sin ninguna connotación peyorativa ni laudatoria, por la única razón de que está más próxima a las que emplean nuestros vecinos, pero sin otorgarle un sentido diferente al de *mundialización*.

La globalización es un fenómeno económico y social por su naturaleza original, que ha desarrollado unas consecuencias sobre los espacios públicos, los aparatos públicos, la

⁶¹ AUBY, J-B.: “Globalización y descentralización”. *Revista de Administración Pública*. Número 156. Setiembre-diciembre 2001.

gestión pública, transformando las distancias, las referencias y la geografía universal, modificando el sentido de los territorios⁶². No es únicamente, por tanto, un fenómeno económico, sino también sociológico y cultural. Y ambas manifestaciones se encuentran íntimamente vinculadas⁶³.

FERNANDEZ ROSAS⁶⁴, entiende que la globalización es una forma más avanzada y compleja de la internacionalización que implica una integración funcional de actividades económicas geográficamente dispersas.

La palabra *gobernanza* es una traducción literal del inglés *governance*, que sí parece haber tenido un uso acreditado en la lengua inglesa como acto, modo, hecho o función de gobernar, y que equivaldría a la acepción anticuada española (gobernación). Pero tanto por lo que respecta a la expresión inglesa, su uso en la acepción española pretende ir más allá de la vieja denotación⁶⁵.

Existe una estrecha relación entre el concepto de gobernanza y la irrupción del Derecho suave, entendiendo como gobernanza *“un cambio respecto del monopolio de las instituciones jurídico políticas tradicionales, dando entrada a la participación de actores*

⁶² *Ídem*. Según el referido autor, la globalización es, antes que nada, un fenómeno económico. Esto es evidente- apuntaba- aunque lo que tiene de inédito en este sentido no siempre se logre entender correctamente, y, por otro lado, se encuentra parcialmente debatido por los especialistas. Sabemos que no podemos caracterizar completamente la globalización en la que vivimos diciendo que consiste en un desarrollo de los intercambios internacionales: este desarrollo es más antiguo, incluso aunque el período actual le confiriese una gran intensidad. Lo que singulariza más claramente la globalización que vivimos es el desarrollo de la movilidad de las actividades productivas y de las empresas multinacionales. Y, sobre todo en el período reciente, es más un movimiento de desespacialización de las actividades económicas, sobre todo de las actividades financieras y de comunicación, las cuales tienden a ejercerse sin ningún tipo de atadura espacial sobre unas redes que son absolutamente mundiales. También es el incremento de la competición entre los territorios para acoger las actividades económicas (aquellas, todavía hoy mayoritarias, que se ejercen aún en un lugar determinado), al mismo tiempo que la búsqueda, corolario, por algunos actores, de espacios lo más desreglamentados posible.

⁶³ FERNANDEZ ROSAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*. Ed. Civitas. Madrid, 2016. Pág. 30

⁶⁴ FERNANDEZ ROSAS, J. C.: *Sistema de Derecho económico internacional*. Ed. Civitas. Madrid, 2010. Pág 47-50.

⁶⁵ LAPORTA Francisco: *Gobernanza y Soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional...* Óp. Cit. Pág. 45

distintos a los clásicos sujetos gubernamentales”, en donde la globalización rompe las fronteras y compromete al total de la población mundial⁶⁶.

La considerable demanda y el cumplimiento de normas no vinculantes parecen representar una maduración del sistema internacional. Las relaciones entre Estados y otros actores, crecientes y cambiantes con la globalización, crean un clima que pueda requerir que menos expectativas de comportamiento se expongan en las obligaciones legales formales. Oficialmente normas no vinculantes o normas sociales informales pueden ser efectivas y ofrecer una flexible y eficiente manera de responder a los problemas comunes. Estas normas tienen un indispensable papel en el sistema legal moderno⁶⁷.

La globalización así entendida, provoca cada vez más una «complejificación» y una «desjerarquización» de los aparatos públicos⁶⁸ implicando un mayor protagonismo del Derecho suave en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones⁶⁹.

El Derecho emanado por los nuevos centros de producción normativa tiende a ser, relativamente distinto: prolifera el Derecho suave llevando a cabo una regulación casi indirecta. Encontramos, por tanto, instrumentos de regulación menos rígidos, menos

⁶⁶ FERNANDEZ ROSAS, J. C.: *Sistema de Derecho económico internacional... Óp. Cit.* Pág. 29. Otro término que permite identificar un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre lo público y privado, es el del gobernanza. Conforme al Libro Blanco sobre la gobernanza elaborado por la Comisión de la Unión Europea, el término gobernanza designa las normas, los procesos y los comportamientos de los poderes públicos que tienden a mejorar la participación y aumentar la responsabilidad social en el ejercicio de funciones públicas con el objeto de mejorar su eficacia y conseguir un mayor grado de coherencia en la regulación pública.

⁶⁷ [La traducción es nuestra] SHELTON, D: “Editor’s Concluding note: The role of Non-binding norms in the International Legal System”, in SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000. Page 556

⁶⁸ Por tanto, en el eje de las aperturas económicas que implica la globalización, las instituciones locales ven imponerse cierto número de obligaciones jurídicas y funcionales. Véase AUBY, J-B.: “Globalización y descentralización... *Op. Cit.* Pág. 15.

⁶⁹ Esta vocación armonizadora está dando lugar a un proceso de sustitución —o cuanto menos marcada complementariedad— de las leyes y reglamentos de origen estatal por normas técnicas, códigos de conducta y normas de buenas prácticas que son elaboradas por los operadores de un determinado sector económico o profesional.

prescriptivos, menos uniformes en los resultados y menos jerárquicos en su relación con otros instrumentos normativos.

Los objetivos de la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecución de resultados uniformes, sino en la creación de espacios donde compartir experiencia y conocimiento, y donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar en la ejecución de las mismas, en colaboración de todas las partes implicadas⁷⁰.

Según LAPORTA⁷¹, en el ámbito del sector público, la idea de gobernanza se ha unido a la corriente contemporánea de reforma del sector público tan característica de los últimos treinta años. Los ingredientes de esa corriente son de sobra conocidos: primero, la asunción por parte del sector público de principios de organización y *management* (gerencia) propios del sector privado⁷², que giran sustancialmente en torno a las ideas económicas de eficiencia y programación por objetivos. En segundo lugar, una importante oleada de privatizaciones de empresas y organismos del sector público⁷³. En tercer lugar, hay una importante tendencia hacia lo que se ha llamado «agencificación», (de momento mantenemos este extraño vocablo), esto es, hacia el establecimiento de agencias autónomas o semiautónomas que se hacen responsables de la administración y control de ciertos sectores de actividad. En cuarto lugar, la gobernanza va siempre acompañada de una insistencia, más o menos intensa, en la idea de «competitividad», de forma tal que la competencia se convierte en una suerte de estímulo para incrementar la eficiencia de la prestación de servicios⁷⁴. Y, por último, a todo ello se une la idea fuerte de

⁷⁰ MARTINEZ GARRIDO, S.: *Técnicas de regulación: regulación mediante soft law... Op. Cit.* Pág. 34

⁷¹ LAPORTA F.: *“Gobernanza y Soft law... Op. Cit.* Pág. 49

⁷² El Derecho administrativo clásico, como el Derecho público en general, se ve fuertemente comprimido, por un lado, por el influjo del Derecho privado que, a primera vista, es más compatible con el nuevo marco de exigencias sociales y, por otro, por la ciencia de la Administración, el *gerencialismo* y las técnicas de *management* que tratan de dotar a las Administraciones de nuevas pautas de organización y funcionamiento con las que aproximarse a la gestión de las nuevas necesidades de una forma diferente. PALOMAR OLMEDA, A: *“Algunos instrumentos para la redefinición de Derecho Público del futuro”*. Revista Vasca de Administración Pública. Número 45. Mayo Agosto, Año 1996.

⁷³ La idea de racionalizar el sector público, evitando que emprenda actividades para las que, ni por su estructura ni por su funcionamiento, se considera idóneo, ha ido con frecuencia envuelta con la noción de gobernanza en la administración pública.

⁷⁴ Ello se manifiesta en la creación de espacios de mercado o similares al mercado dentro del sector público.

descentralización, sobre la presuposición de que los servicios que surgen de un tejido descentralizado tienden siempre a ser más eficientes que aquellos que emanan de agencias centrales o de una estructura muy centralizada, sin perjuicio de la inevitable y necesaria coordinación.

En definitiva, el Derecho suave es una de las variantes a través de las cuales la globalización -que en el mundo actual caracteriza el devenir de las relaciones sociales, políticas y económicas- muestra su perfil jurídico más característico, en donde el Derecho juega un nuevo papel proteccionista y regulador⁷⁵.

3. El Derecho suave: breve repaso doctrinal y elementos

3.1. Conceptualización conforme a las corrientes doctrinales

Numerosos autores han trabajado el fenómeno tan atrayente y a la vez complejo del Derecho suave⁷⁶, dando diferentes conceptos y por sobre todo, diferente naturaleza jurídica

⁷⁵ Acerca del papel del Derecho FERNANDEZ ROZAS, J. C.: *Sistema de Derecho económico internacional... Op. Cit.* Pág. 50.

⁷⁶ Entre los autores españoles citamos como referencia algunos trabajos: ALONSO GARCÍA, R.: “El soft law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001 y Sistema jurídico de la Unión Europea. Ed. Arazandi S.A., tercera edición, Cizur Menor, 2012; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: “La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006; *Id.* *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración.* Ed. Aranzadi S.A. Madrid, 2008; MEDINA ORTEGA, M.: “Reglas indicativas de conducta”, en VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. José Eugenio Soriano García (Director), Amós Lorenzana Tenorio y Sandra Milena Ortiz Laverde (Coordinadores). Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012; *Id.* “Soft Law: su relevancia como instrumento jurídico de la Unión Europea”, en J.M. BENEYTO PÉREZ, Dir., y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS y B. BECERRIL ATIENZA, Coords., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, T.IV, Las fuentes y principios de la Unión Europea*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 263-344; ESCUDERO, R. “El concepto de Soft Law” en MORESO, J. J., MARTÍ J. L.: *Contribuciones a la filosofía del Derecho*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2012, SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A.: “Los actos comunitarios atípicos y su incidencia en la legislación española”. En VVAA: *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Libro homenaje a la Prof. Victoria Abellán Honrubia.* Ana María Badia Mautí, Antoni Pigrau i Solé, Andreu Olesti Rayo (Coordinadores). Volumen 2. Año 2009. Páginas 803-830, *Id.* “La aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa”. En Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, GOMEZ-FERRER RINCON, R.: “El soft law comunitario en materia de telecomunicaciones”. *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 8, año 2003. Pág. 687-713; SORIANO GARCIA, J. E.: “Código penal y cumplimiento normativo: la paradoja de un derecho suave que elimina al más fuerte de los derechos (los tiempos están cambiando)” Ed. Centro de Buen Gobierno, Instituto de Empresa. España, 2016; DE LA CÚETARA MARTÍNEZ, J. M.: “Uso y abuso del Derecho indicativo en la regulación económica”, en VVAA *Derecho Administrativo y Regulación económica. Liber Amicorum.* Gaspar Ariño Ortiz. De la Cuétara Martínez y Martínez López- Muñiz (Coordinadores). Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2011; ARIÑO ORTIZ, G.: “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”. *Revista de Administración Pública*. Número

a los actos e instrumentos de Derecho suave. Del corrido por los numerosos autores que han trabajado este tema, hemos identificado tres corrientes doctrinales respecto a la naturaleza jurídica y alcance del Derecho suave: 1) la corriente negativa o que les niega valor jurídico, 2) la corriente intermedia y 3) la corriente positiva.

Así, entre quienes niegan valor jurídico al Derecho suave, DE LA CUÉTARA⁷⁷ entiende que las recomendaciones de la Comisión Europea, aunque tengan un contenido material tipo *debe ser*, técnicamente no son normas. De una parte, carecen de la obligatoriedad propia de las normas y de otra no pueden tener tal carácter porque lo impide la naturaleza de las Directivas a las que acompañan. Todo ello se comprueba, entre otros, en los siguientes razonamientos: a) no existen en el Derecho originario, b) la teoría general de reconocimiento de estos instrumentos en el Derecho derivado destaca su valor de orientación política y psicológica de la actuación de los Estados miembros, pero les niega vinculatoriedad jurídica, c) aunque se publican en la serie L del Diario Oficial, lo hacen en su segunda parte, «actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad», d) las Directivas son mandatos de fines, correspondiendo la elección de los medios a los Estados miembros; si la Comisión pudiera prefijar medios determinados a través de recomendaciones, perdería su sentido este importante instrumento de construcción del Derecho Europeo».

Siguiendo la misma línea, GERSEN Y POSNER⁷⁸, las definen en los siguientes términos:

«Definimos el Derecho suave como una regla emitida por una autoridad legislativa que no cumple con las formalidades constitucionales y de otra índole, que son necesarias para que la regla sea jurídicamente vinculante. Definimos el hard law como una regla emitida por una autoridad legislativa que cumple con formalidades constitucionales y de otra índole que son

182. Pág. 9-37. Mayo/agosto, 2010. PADRÓS REIG, C: “Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos ad extra de las autoridades de Defensa de la Competencia en el control de los cárteles”. *Documentos de Trabajo. Serie Política de la Competencia. Instituto Universitario de Estudios Europeos*. Universidad San Pablo. Número 38/2013.

⁷⁷ DE LA CUÉTARA, J.M: “Las normas «recomendadas», ¿una fisura en el principio de legalidad?”. *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*. Número 2. Setiembre, 1998. Pág. 147 y 148.

⁷⁸ GERSEN, J. E y POSNER, E.A: *Soft Law*. Public Law and Legal Theory Paper, 2008. [La traducción es nuestra]

necesarias para que la regla sea jurídicamente vinculante. Y concluyen: Es fácil descartar al Derecho suave por inconsecuente. Cuando las autoridades legislativas crean leyes que por sus propios términos o entendimiento común no tienen ningún efecto, uno sospecha inmediatamente una estratagema de relaciones públicas cínica [...]».

Siguiendo la segunda corriente, la que sostiene una tesis intermedia de que son reglas de conducta sin fuerza legal obligatoria con efectos en el plano jurídico y cuyo fin consiste en influenciar en el comportamiento, encontramos dos importantes aportaciones.

Por un lado SYNDER⁷⁹ sostiene que “*son reglas de conducta que en principio no son obligatorias ni tienen fuerza vinculante pero que sin embargo pueden tener efectos prácticos*”, y siguiendo la misma idea y sobre la base de tres elementos, SENDEN⁸⁰, propone la definición de *soft law* que ha sido la más extendida y aceptada en el ámbito del Derecho europeo, formulada en los siguientes términos:

«reglas de conducta basadas en instrumentos a los que no se ha atribuido fuerza legal obligatoria como tal, pero sin embargo pueden tener ciertos (indirectos) efectos legales, y que apuntan o pueden producir efectos prácticos».

En igual sentido, MEDINA ORTEGA⁸¹ destaca que la denominación de *reglas indicativas de conducta* está tomada del texto de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Telefónica c. Comisión Europea¹, que en su apartado 375, establece: «*Si bien las Directrices de 1998 no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observación está obligada en cualquier caso la Administración, establecen, no obstante, una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse en un determinado asunto sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato*». El citado autor refiere al respeto que la sentencia Telefónica no es realmente innovadora ya que se limita a recoger jurisprudencia anterior ya

⁷⁹ [La traducción es nuestra] SYNDER, F: “*Soft law and institutional practice in the European Community*”. EUI WP Law 93/s, Florence, 1993. Pág. 2

⁸⁰ [La traducción es nuestra] SENDEN, L: “*Soft law in European Community Law*”. Ed. Hart, Oxford y Portland. Oregón, 2004. Page 112.

⁸¹ MEDINA ORTEGA, M: *Reglas indicativas de conducta. Op. Cit.* Pág. 434, 435 y 440.

establecida, pero considero que la expresión «reglas indicativas de conducta» es más precisa que otras que se vienen utilizando en cuanto separa a este tipo de actos de las normas jurídicas de carácter general, que son las que constituyen propiamente el Derecho de la UE.

Así entendido el Derecho suave en el ámbito de la Unión Europea, según MEDINA ORTEGA supondría la aceptación por las instituciones de la UE de un mestizaje o una especie de categoría híbrida, entre la regulación rígida a través de las normas jurídicas obligatorias adoptadas por las instituciones comunes y las nuevas formas de gobernanza flexible⁸².

Esta segunda corriente intermedia genera ciertas confusiones.

Una de las confusiones surge deriva de la división binaria entre lo negro y lo blanco, en el establecimiento de una gran zona gris en medio ocupada por aquellos documentos e instrumentos que no son claramente Derecho, pero tampoco podemos decir que son legalmente insignificantes⁸³ y que incluso bajo su condición de regla de conducta, crea una especie de limbo donde cabe toda clase de opiniones, de criterios, de juicios, y en el que reina una confusión absoluta sobre los efectos del mismo. De esta confusión respecto a los efectos jurídicos del Derecho provoca la consecuente pérdida de valor de tales reglas indicativas de conducta, ya que su invocación ante los Tribunales podía tener solo algún efecto relacionado con la buena fe, la confianza legítima, la congruencia, el acto debido, pero siempre dentro de un contexto de levedad prácticamente absoluta y que no animaba mucho a su consideración como una fuente del Derecho ni vinculaba a la jurisprudencia⁸⁴.

⁸² MEDINA ORTEGA, M.: “Soft Law: su relevancia como instrumento jurídico de la Unión Europea”, en J.M. BENEYTO PÉREZ, Dir., y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS y B. BECERRIL ATIENZA, Coords., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, T.IV, Las fuentes y principios de la Unión Europea*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 263-344

⁸³ KLABBERS, J: *The Redundancy of Soft Law*. Nordic Journal of International Law. Número 65, 1996. Pág. 167-182

⁸⁴ No cabe duda de que, poco a poco, gracias a la presión de la Unión Europea principalmente y de una parte buena de la doctrina, con algún apoyo jurisprudencial, en todo lo que hace al buen gobierno, a las exigencias de gobernanza, a la inclusión de la ética en el corazón mismo de las empresas, aunque faltan millas por recorrer, en palabras del viejo Dylan, millones de millas por recorrer, los tiempos están cambiando. Véase SORIANO GARCIA, J.E: *Código penal y cumplimiento normativo: Op. Cit.* Pág. 24.

Así, SORIANO GARCÍA⁸⁵ sostiene que la historia hasta ahora contada de las reglas indicativas de conducta en que se viene traduciendo el derecho suave, queda claramente limitada a permitir una interpretación, una mera técnica hermenéutica, no depuradora de conductas sino puramente indicativa, orientadora, de mero consejo. Sin efectos jurídicos netos y claros. Y su desconocimiento tenía reproche moral, pero sin efecto directo en la cuenta de resultados, en la conducta personal, o en las consecuencias mercantiles, societarias, administrativas o penales en que tal persona jurídica estuviera inmersa.

En tercer lugar citamos una última corriente que reconoce claramente los efectos y el alcance del Derecho suave en el plano del Derecho. Este reconocimiento del Derecho suave como generador de efectos jurídicos inicia por parte del Tribunal de Justicia, el cual en el asunto Grimaldi⁸⁶ refiriéndose a las recomendaciones y tras recordar su falta de eficacia obligatoria por imperativo del artículo 249 TCE (actual 288 TFUE), matizó que *«los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos»*.

Como veremos más adelante⁸⁷, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia confirmó su competencia para interpretar en vía prejudicial actos de Derecho suave adoptados con arreglo al Tratado, aduciendo que tales actos no carecen de consecuencias jurídicas, por lo que los jueces nacionales han de *«tenerlos en cuenta»* a la hora de resolver los litigios de que conozcan, sobre todo cuando ilustran acerca de las reglas de su Estado aprobadas para desarrollarlas o cuando completan normas comunitarias dotadas de fuerza vinculante.

ALONSO GARCÍA, en su innovador artículo⁸⁸ pone de manifiesto la importancia del *soft law* comunitario como *fenómeno que presenta las características del Derecho en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quienes el soft law se dirige, pero que al ser mencionado produce la sensación de que algo*

⁸⁵ SORIANO GARCÍA, J.E: *Código penal y cumplimiento normativo: Óp. Cit.* Pág. 25

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Segunda Sala), de 13 de diciembre de 1989. Asunto C-322/88, más conocida como: *Asunto Grimaldi*

⁸⁷ *Cfr.* Capítulo II.

⁸⁸ ALONSO GARCÍA, R.: *“El soft law comunitario”*. Revista de Administración Pública, núm. 154, enero-abril 2001.

falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana». En palabras de dicho autor:

*“Ciertamente, ¿no es un efecto jurídico su utilización como parámetro de interpretación del Derecho?; ¿no es un efecto jurídico su utilización para acentuar –o atenuar– la aplicación del Derecho?; ¿no es un fin, un efecto jurídico su utilización para configurar variantes del Derecho mismo, como los principios generales del Derecho, o para determinar su posible entrada en juego, impregnándose en tal caso de la obligatoriedad propia de éstos?”*⁸⁹

Según SARMIENTO⁹⁰ el Derecho suave está constituido por instrumentos de distinta índole y alcance y de variada nomenclatura: resoluciones, directrices, códigos de conducta, guías, recomendaciones, etc., y un largo sinfín de instrumentos cuyos efectos resultan confusos, pero que están presentes; conviven con las otras fuentes tradicionales del Derecho, se aplican por los Tribunales, se negocia y litiga bajo su paraguas, e incluso condicionan directamente la aplicación de otras normas. En definitiva, son normas que no son normas, pero nadie se atrevería a afirmar que su existencia va desnuda de efectos jurídicos.

Para ESCUDERO⁹¹ el Derecho suave *es una fórmula de producción normativa* que se coloca al lado de las formas tradicionales de regulación jurídica y que puede caracterizarse a través de las siguientes notas: responde al esquema del consejo o la recomendación, en vez de ajustarse al esquema imperativo tradicional; propone y no impone la realización de conductas; y se corresponde con lo que Norberto Bobbio denominaba la función promocional del Derecho⁹².

Así, ESCUDERO⁹³ expresa que:

⁸⁹ ALONSO GARCÍA, R.: “*Sistema jurídico de la Unión Europea*”. Ed. Arazandi S.A., segunda edición, Cizur Menor, 2010

⁹⁰ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D: *El soft law administrativo.. Op. Cit.* Pág. 27

⁹¹ ESCUDERO, R. “El concepto de Soft Law” *Op. Cit.* Pág. 97

⁹² Respecto a la noción de función promocional del Derecho, consultar BOBBIO, N: *Contribución a la teoría del Derecho*. Ed. Debate. Madrid, 1990

⁹³ *Ídem.*

«Para hablar de soft law requiere asumir una tesis conceptual relativa a los elementos definitorios de una norma jurídica, según la cual es posible sostener la existencia de normas no vinculantes. Se necesita así, pues, una teoría de las normas jurídicas diferente por ejemplo a la de Hans KELSEN para quien la sanción era el elemento definitorio de la norma jurídica. Hay dos razones para rechazar esta aproximación kelseniana. En la primera de ellas su más que posible vinculación con el positivismo ideológico; cuestión ésta que ha de dejarse al margen de estas páginas. La segunda razón se basa en los usos corrientes del lenguaje jurídico, donde se distingue con toda normalidad entre normas vinculantes y normas no vinculantes. En el análisis normativo, ha devenido un lugar común la distinción entre normas de las que derivan obligaciones y normas de las que no se derivan obligaciones. En consecuencia, el Derecho suave formaría parte de este segundo universo».

Por tanto, para quienes entendemos que el Derecho suave es Derecho, se puede concluir que es un concepto particularmente operativo en el cual se incluyen instrumentos de muy variada nomenclatura y denominación sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo normativo futuro, sino como referentes específicos en una actuación judicial y persiguen la función de configurar una directriz habilitante y configurar un efecto dinamizador, abriendo nuevas áreas de expansión del Derecho⁹⁴.

3.2. Elementos del denominado Derecho suave conforme a la doctrina

Realizando un breve repaso doctrinal, rescataremos los diferentes elementos comunes del *soft law* como categoría diferenciada del ordenamiento jurídico.

Para LINDA SENDEN⁹⁵:

- a) El primer elemento común es lo que concierne a las reglas de conducta o compromisos.
- b) Segundo, hay acuerdo en el hecho de que están basados en instrumentos que no tienen fuerza legal obligatoria como tal pero que no por ello están desprovistos de todos los efectos legales.

⁹⁴ FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales...* Op. Cit. Pág. 75.

⁹⁵ [La traducción es nuestra] SENDEN, L: *Soft law in European Community Law*. Op. Cit. Pág. 112.

- c) En tercer lugar, está claro que apunta o puede apuntar a algunos efectos prácticos o a influenciar el comportamiento.

Para CHINKING⁹⁶ y DEL TORO HUERTA⁹⁷(en el plano del Derecho internacional):

- a) Se formula en términos no obligatorios de acuerdo con los métodos tradicionales y se basa exclusivamente en la adhesión voluntaria, es decir, descansa en métodos de reforzamiento no jurídicos
- b) Es ajeno a cualquier sanción directamente relacionada con su incumplimiento
- c) Su nacimiento o establecimiento no se requiere jurídicamente. No es fuente de Derecho ni resultado de un acto debido por parte de ninguna autoridad.
- d) Procede de sujetos carentes de autoridad normativa en este ámbito.
- e) Contiene términos vagos e imprecisos y que sea formulado en término no obligatorio
- f) Están dirigidas a autores no estatales
- g) Ajenas a cualquier teoría de responsabilidad internacional, y que según la relación que guarda con el *hard law*, puede ser:
 - Explicativo o interpretativo del *hard law*
 - De *hard law* emergente
 - Como evidencia de obligaciones no jurídicas
 - Paralelo al *hard law*
 - Fuente de obligaciones

Para LAPORTA⁹⁸, los caracteres pueden sintetizarse así (también en el plano del Derecho internacional):

⁹⁶ CHINKIN, C. M: “Normative Development in the International Legal System., in SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000.

⁹⁷ DEL TORO HUERTA, M. “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IV. Año 2006. Páginas 513-549.

⁹⁸ Siendo el Derecho suave una suerte de Derecho no vinculante que surge por la participación y recursos de actores no gubernamentales en la construcción e implementación de las pautas de la llamada gobernanza. Véase LAPORTA, F: *El imperio de la ley: una visión actual*. Ed. Trotta. Madrid, 2007. Pág. 262 y 263

- Nace con frecuencia a partir de actores estatales, es decir, emana de agencias que no tienen autoridad legislativa nacional o internacional.
- Suelen contener términos vagos e imprecisos.
- Está articulado de forma no vinculante, y
- Se basa en la adhesión voluntaria o en medios no-jurídicos de reforzamiento.
- No puede ser vehículo idóneo para realizar el ideal del imperio de la ley porque no se presenta ante sus destinatarios en los mismos términos que el *hard law*. Las normas de *soft law* son de adhesión voluntaria y la conformidad con ellas está siempre condicionada, por lo que, según este autor, no puede cumplir con las tareas que le encarga el imperio de la ley. Dejar a la voluntad de los actores que lo acepten o no lo acepten es incompatible con ese ideal.

SHELTON⁹⁹, distingue cuatro categorías de instrumentos basadas tanto en si la forma es vinculante o no, como en si el contenido es vinculante o no. Esto sirve para caracterizar los instrumentos y para clarificar las hipótesis relativas al cumplimiento. Dicho postulado lo captura en la siguiente tabla según la relación entre la forma y el propósito del instrumento:

Forma

Propósito

Obligatorias	Modifican comportamiento	Estimulan un determinado comportamiento
No obligatorias	Modifican comportamiento	Manifiestan un comportamiento deseado

Así, los trabajos elaborados sobre el tema del cumplimiento del Derecho suave se basan en los instrumentos no obligatorios que modifican el comportamiento con el propósito de manifestar un comportamiento deseado, es decir los de la casilla de abajo a la izquierda de la tabla.

Así, se podido enumerar hasta siete razones justificativas del *soft law*: el marco institucional de muchos organismos internacionales, desapoderados para adoptar normas de *hard law*; el temor de los Estados hacia la adopción de normas de *hard law*, rígidas y

⁹⁹ [La traducción es nuestra] BROWN WEISS, E: "Conclusions: Understanding Compliance with Soft law" in SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000.

dotadas de mecanismos de responsabilidad en caso de incumplimiento; el carácter pedagógico del *soft law*, que induce a los Estados a participar en iniciativas reguladas por actos atípicos; la sofisticación y desarrollo del Derecho internacional, que comienza a convivir entre instrumentos de *hard law* y ahora, también, de *soft law*: la eficacia de los instrumentos atípicos a la hora de definir consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento no siempre fáciles de aplicar en el ámbito internacional a falta de coerción institucionalizada; la capacidad del *soft law* para integrar intereses, actores y fomentar así la participación de todos los sujetos afectados; y, finalmente, el antiformalismo que rodea a la adopción del *soft law*, alejado de normas de votación, quórum, plazos, etc.¹⁰⁰.

Según ALDESTAM¹⁰¹, los instrumentos que se configuran como *soft law*, se caracterizan por estar encaminados a influenciar en la conducta de los Estados miembros, instituciones, empresas e individuos. Este tipo de instrumentos, sin contener obligaciones, constan de ciertos elementos comunes de los que podemos citar los siguientes:

- a) el requisito obligatorio de estar formulados por sujetos que están investidos con la autoridad necesaria y de acuerdo a procedimientos pre establecidos;
- b) los destinatarios de estas reglas de conducta están informados de su existencia y preparados a reconocer su autoridad, así como también están dispuestos a cumplirlos efectivamente;
- c) las reglas de conducta conllevan una restricción de futura libertad de acción y por ello son lo suficientemente precisas; y
- d) son medios de exhortación que llevan al destinatario a seguir las directivas encarnadas en sus obligaciones.

¹⁰⁰ SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Ed. Oxford University Press, 2000. Pág. 12 y 13.

¹⁰¹ [La traducción es nuestra] ALDESTAM, M: "Soft Law in the State Aid Policy Area", in *Soft Law in Governance and Regulation. An interdisciplinary Analysis*. Edited by Ulrika Mörtz. Ed. Edward Elgar Publishing Limited. UK, 2004. Pág. 16 y 17.

SARMIENTO¹⁰², apuesta por la creación de una nueva categoría, a la cual denomina como *soft law administrativo* como fórmula de actividad administrativa que se caracteriza por un conjunto de rasgos que puedan resumirse de la siguiente manera:

- a) El *soft law administrativo* se constituye de normas jurídicas, dirigidas a una pluralidad de destinatarios, que no tienen efectos obligatorios ni posee, como regla general, procedimientos tasados de elaboración.
- b) El *soft law administrativo*, al carecer de efectos obligatorios, no es parámetro de enjuiciamiento ni de disposiciones generales ni de actos administrativos.
- c) El *soft law administrativo*, como consecuencia de lo anterior, tampoco es susceptible de impugnación ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

Más adelante desarrollaremos la posición del Tribunal de Justicia respecto al enjuiciamiento e impugnabilidad de actos de Derecho suave.

Para el referido autor, el Derecho suave tiene su principal virtualidad en el terreno de la interpretación, dando sentido a las disposiciones del ordenamiento (el *hard law*) y coadyuvando a éstas en el proceso de enjuiciamiento de los actos administrativos. En la medida en que despliega estos efectos suaves en el conjunto del ordenamiento, su función se encuentra ligada a la ejecución de políticas públicas donde la Administración opte por reforzar el principio de subsidiariedad.

Para ESCUDERO¹⁰³, se trata de una fórmula de producción normativa que se coloca al lado de las formas tradicionales de regulación jurídica, con las siguientes características:

- a) responder al esquema del consejo o la recomendación, en vez de ajustarse al esquema imperativo tradicional,
- b) proponer y no imponer la realización de conductas, tiene una función promocional del Derecho;

¹⁰² SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D (2008). *El soft law administrativo...* Op. Cit. Pág. 95 y siguientes.

¹⁰³ ESCUDERO, R. “El concepto de Soft Law. *Óp. Cit.* Pág. 132 y siguientes.

- c) su análisis avanza en los diversos sectores del derecho, el internacional, el tributario, el laboral, el societario y el administrativo;
- d) forma parte de la mentada globalización en cuanto al ámbito jurídico;
- e) se corporiza en fórmulas de muy distinta variedad y características, hasta el punto de que son más las dudas que las certezas que asaltan a quienes pretenden buscar una cierta claridad conceptual en este tema,
- f) generan cierta perplejidad para los juristas, dado que donde antes se encontraban con el esquema clásico de imposición de conductas por parte del Estado mediante el recurso a la coacción, hoy se encuentran cada vez más con fórmulas que responden al esquema del consejo o la recomendación, no del Estado sino de otras instituciones, y
- g) se trata de proposiciones normativas que de forma clara, indubitada y poco interpretable establecen determinados contenidos, pero los fijan a través del instrumento de la recomendación y la llamada a la adhesión voluntaria, y no mediante el recurso a la coacción”

4. Nuestra categorización de Derecho suave y su relación con los Principios Generales del Derecho: Remisión

Habiendo realizado un estudio general de todas las teorías y aportes doctrinales respecto al Derecho suave y tras la obtención de las conclusiones de la investigación, nos animamos a plantear tres cuestiones fundamentales: i) los elementos característicos del Derecho suave como categoría jurídica en el ámbito de la defensa de la competencia, ii) su definición como fruto de la comprobación de las hipótesis de la investigación y iii) su relación con los principios generales del Derecho.

A estos asuntos, que son concluyentes en nuestro trabajo, dedicaremos el último capítulo, tras la natural investigación de la totalidad de la doctrina y jurisprudencia europea y nacional recaída al efecto.

CAPÍTULO II

DERECHO SUAVE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción.

La perspectiva más adecuada para hablar del Derecho suave la encontramos en la esfera del Derecho de la Unión Europea, por lo que el análisis de la proliferación de este tipo de actos, su posicionamiento dentro del sistema de fuentes de la UE y los efectos jurídicos atribuidos a esta categoría por los tribunales europeos, serán de gran utilidad para la delimitación conceptual del Derecho suave como categoría diferencia del ordenamiento jurídico.

En la literatura reciente, el fracaso de los Tratados en lidiar con el fenómeno de gobernanza, incluyendo la adopción de instrumentos y procedimientos de Derecho suave, se han visto atrapadas bajo la teoría de una laguna o vacío, por lo que tanto su lugar y función en el sistema de fuentes del Derecho europeo sigue siendo bastante indescifrable.¹⁰⁴.

El proceso de integración europea ha contribuido directamente a la proliferación de actos e instrumentos de Derecho y la integración supranacional se muestra, por tanto, como motor de Derecho suave en los Estados, contribuyendo a que los ordenamientos internos se vean imbuidos de instrumentos jurídicos cuyos efectos no resultan del todo conocidos y en la medida en que el proceso de integración continúa su camino y expande sus competencias, la irrupción del Derecho suave es una realidad en fase de crecimiento¹⁰⁵.

Las instituciones europeas no sólo son creadoras de Derecho suave, sino que, al mismo tiempo, alientan la adopción de Derecho suave por parte de las administraciones nacionales.

¹⁰⁴ Véase el estudio denominado “*Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making*”, elaborado por la Dirección General de Política Interna de la Unión. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2012. Autores: Prof. Dr. L.A.J. Senden y Dr. A. van den Brink, Europa Institute, Utrecht University. Disponible en línea: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462433/IPOL-JURI_ET\(2012\)462433_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462433/IPOL-JURI_ET(2012)462433_EN.pdf)

¹⁰⁵ En cuanto a la bibliografía más relevante en el ámbito europeo respecto al estudio del Derecho suave, véase la nota número 6.

Según GOMEZ FERRER RINCON¹⁰⁶ el fenómeno del Derecho suave se produce en ámbitos de competencia compartida de la unión, pero muy especialmente en aquellas materias en las que cuenta con una competencia de mera coordinación, y por tanto carece de un título competencial fuerte que le permita imponer sus decisiones sobre los Estados miembros. Un buen ejemplo de ello, según el citado autor, donde la unión europea actúa alentando instrumentos de Derecho suave sobre la base de una competencia compartida, lo encontramos en el sector de telecomunicaciones, donde la Comisión impulsa la adopción de instrumentos de Derecho suave por parte de las autoridades nacionales independientes. Estos instrumentos van a surtir efectos sobre todos los operadores de telecomunicaciones, y su implantación trae causa directa de las políticas comunitarias implementadas, principalmente por la Comisión.

La experiencia comparada y el mecanismo de inserción, nos brindará una visión global con perspectiva europea de todos aquellos instrumentos que analizaremos en la segunda parte de la investigación, para lo cual resulta clave el desarrollo de esta primera etapa de análisis general para luego realizar un estudio particular abocado al anclaje del Derecho suave dentro del derecho anticoncurrencial tanto en la UE como en España.

La silenciosa revolución que de forma continuada está suponiendo la Unión Europea y su Derecho, implica desde luego una concepción muy diferente de los poderes administrativos. Así, desde la incorporación de los principios generales del Derecho europeo, hasta la remisión de asuntos tradicionalmente domésticos, porque se reclaman a ser examinados por la propia Comisión, suponen que el impacto del Derecho europeo es permanente y progresivo¹⁰⁷, por lo que su estudio resulta prácticamente obligado.

La generalización de la expresión *soft law* en la literatura jurídica de las organizaciones europeas no soluciona ni aclara su valor normativo ni su rango en el ordenamiento de la UE. Y es ante esta falta de claridad conceptual que surgirá el análisis de esta categoría jurídica en el presente capítulo.

¹⁰⁶ GOMEZ-FERRER RINCON, R.: “El soft law comunitario en materia de telecomunicaciones”. *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 8, año 2003. Pág. 687-713

¹⁰⁷ SORIANO GARCÍA, J. E: *El Derecho Administrativo y los Desafíos del Siglo XXI*. Óp. Cit. Pág. 267

2. El Derecho suave y las fuentes del Derecho de la Unión Europea

Desde el Tratado de Roma, el Derecho ha sido la herramienta principal para moldear el proceso de integración europeo. Un sistema especial de fuentes de derecho secundario ha sido creado con características muy distintas a las que el derecho constitucional y administrativo ordena, tanto en términos de terminología como de tipo de instrumentos.

El Tratado de Lisboa introduce algunos cambios en este sistema. Alguno de estos cambios refuerza la legitimidad y coherencia del sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, también plantea nuevas interrogantes. Inequívocamente, el foco del sistema de regulación de la UE debe ser visto como una llamada de atención acerca de la importancia del diseño institucional del sistema de los actos normativos de la UE y necesariamente debe considerar la importancia de un diseño institucional que permita el adecuado uso del sistema de actos normativos de la UE, velando por su uso adecuado¹⁰⁸.

La Unión Europea es por tanto una comunidad basada en el Derecho, no es la fuerza del poder la que rige la convivencia económica y social de los pueblos de los Estados miembros, sino el Derecho de la Unión¹⁰⁹. El Derecho de la Unión es la base de su sistema institucional.

En cuanto al estudio de las fuentes del Derecho de la Unión Europea, cabe resaltar que una de sus características esenciales consiste en contar con su propio aparato político-institucional dotado con facultades para generar Derecho o poder jurídico para producir normas jurídicas (Derecho derivado), con poderes para producir normas jurídicas a través de las cuales ir concretando los objetivos marcados por el Tratado (Derecho originario).

¹⁰⁸ SENDEN, L. y VAN DEN BRINK, A: "Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making". Documento de trabajo elaborado por la Dirección General de Política Interna de la Unión. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2012.

¹⁰⁹ Una de las características esenciales de la Comunidad Europea consiste en contar con su propio aparato político dotado con facultades para generar Derecho, con poderes para producir normas jurídicas a través de las cuales ir contando los objetivos marcados por el Tratado. Tiene lugar, pues, un desapoderamiento de los Estados miembros, que ceden a favor del aparato institucional comunitario la labor de concreción de las opciones abiertas por el Tratado que, de haber seguido los patrones clásicos de Derecho Internacional, les correspondería a ellos puntualizar. ALONSO GARCÍA, R: *El soft law comunitario*. Revista de Administración Pública. Número 154. Enero-abril 2001. Pág. 63

Tiene lugar, pues, un desapoderamiento de los Estados miembros, que ceden a favor del aparato institucional europeo la labor de concreción de las opciones abiertas por el Tratado que, de haber seguido los patrones clásicos de Derecho Internacional, les correspondería a ellos puntualizar¹¹⁰.

Sobre una gran mayoría de materias, la UE, tiene atribuida una auténtica potestad normativa vinculante, pudiendo elaborar normas jurídicas vinculantes (que se imponen sobre la normativa estatal en virtud del principio de supremacía del Derecho comunitario) directamente aplicables (en el caso de los Reglamentos comunitarios) o que los Estados miembros quedan obligados a transponer en sus respectivos ordenamientos jurídicos en un determinado periodo de tiempo (es el caso de las Directivas comunitarias, que imponen a los Estados los resultados a alcanzar, dejando a su elección los medios y la forma; y que en determinadas ocasiones pueden tener eficacia directa, desplegando efectos aun en ausencia de transposición nacional)¹¹¹.

Las normas jurídicas son aprobadas normalmente por mayoría cualificada –y no ya por unanimidad- de los miembros del Consejo de la UE (con la participación frecuente del Parlamento Europeo), ejecutadas directamente en un número creciente de ocasiones y controladas en cuanto a su cumplimiento por un órgano ejecutivo independiente de los Estados miembros –la Comisión de la UE- aplicadas e interpretadas de forma uniforme por

¹¹⁰ ALONSO GARCÍA, R: *El soft law comunitario...* Óp. Cit. Pág. 63 y ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Ed. Arazandi S.A., tercera edición, Cizur Menor, 2012. Pág. 133. De igual forma véase MEDINA ORTEGA, M: “*Reglas indicativas de conducta...* Óp. Cit. Pág. 439. No existe un esquema nítido y completo de las fuentes de producción del ordenamiento jurídico de la UE. Ésta cuenta con un Derecho primario formado por los Tratados concluidos entre los Estados miembros para el establecimiento y funcionamiento de las instituciones comunes. El Derecho secundario o derivado de la Unión, adoptado por las instituciones sobre la base de los Tratados que constituyen el Derecho primario, carece por otro lado de la estricta jerarquización y ordenación sistemática que encontramos en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

¹¹¹ En materias muy importantes y relacionadas con el Derecho Administrativo, la UE dispone únicamente de la competencia para propiciar la cooperación intergubernamental, desarrollar actividad de fomento y dirigir recomendaciones a los Estados miembros, los enormes recursos que le UE dedica a fomentar la investigación con sus programas marco condicionan de forma muy destacada la investigación que se llevará a cabo en cada uno de los distintos Estados miembros; las recomendaciones que la UE pueda hacer sobre la política económica de un Estado miembro tienen una gran influencia sobre los electorados nacionales y poseen, por tanto, una destacada importancia política. Tanto aquellas subvenciones como estas recomendaciones limitan, por tanto, de forma significativa, la autonomía de los Estados miembros en la definición de sus políticas económicas y de investigación y desarrollo. Véase MIR PUIGPELAT, O: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Ed. Thomson Civitas. Madrid, 2004.

un auténtico órgano jurisdiccional comunitario –el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, rodeado de todas las garantías de imparcialidad e independencia propias de los órganos jurisdiccionales- y cuyo incumplimiento por parte de los Estados puedan dar lugar, entre otras medidas, a la imposición de sanciones y multas coercitivas, al surgimiento de responsabilidad extracontractual o hasta la suspensión de determinados derechos mencionados en los Tratados¹¹².

En el momento de la fundación de la UE hubo que «inventar» el sistema de actos jurídicos de la Unión. Para ello se planteó, en particular, la cuestión de la naturaleza que debían tener los actos jurídicos de la Unión y sus efectos. Sobre esta base se desarrollaron los instrumentos que permiten a las instituciones de la Unión incidir en diversa medida en los ordenamientos jurídicos nacionales¹¹³.

Entre las fuentes del Derecho de la Unión se encuentran una serie de instrumentos jurídicos en forma de reglamentos, directivas y decisiones que permiten adoptar actos jurídicos con efectos vinculantes para los Estados miembros y sus ciudadanos. De la misma manera, en el texto de los Tratados, se hace referencia a otra serie de actos de difícil clasificación: resoluciones, comunicaciones, informes, directrices, etc. Son éstos últimos los que nos interesan especialmente.

Así es como dentro del sistema jurídico de la Unión Europea hay dos tipos de actos de carácter claramente normativo: los reglamentos y las directivas; entendiendo por reglamento todo acto de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (definición del artículo 288 del TFUE¹¹⁴), el cual al igual

¹¹² *Ibidem*. Págs. 52-55

¹¹³ BORCHARDT, Klaus-Dieter: “El ABC de la Unión Europea”. Ed. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo, 2011. Véase FERNANDEZ ROZAS, J. C Y ASENSIO MIGUEL, P. A.: *Derecho internacional privado*. Ed. Thomson Reuters. Sexta edición. 2017. Pág. 57 y siguientes.

¹¹⁴ **Artículo 288 del TFUE (antiguo artículo 249 TCE):**

“Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe designatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y dictámenes no serán vinculantes.”

que las directivas son de carácter obligatorio para el Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse. Tenemos, por otro lado, dos tipos de actos que no pueden tener carácter normativo por no ser vinculantes: las recomendaciones y los dictámenes¹¹⁵.

Desde el punto de vista de sus destinatarios y de los efectos que produce en los Estados miembros, el sistema de actos jurídicos de la UE puede presentarse del modo siguiente¹¹⁶:

	DESTINATARIOS	EFFECTOS
REGLAMENTO	Todos los Estados miembros, todas las personas físicas y jurídicas	Directamente aplicable y obligatorio en todos sus elementos
DIRECTIVA	Todos o algunos Estados miembros	En relación con la consecución de determinados objetivos, es obligatoria; solo es directamente aplicable en condiciones especiales
DECISIÓN	Destinatarios no especificados. Todos o algunos Estados miembros; determinadas personas físicas o jurídicas	Directamente aplicable y obligatoria en todos sus elementos
RECOMENDACIÓN	Todos o algunos Estados miembros, otras instituciones u órganos de la UE, personas concretas	No obligatorio
DICTAMEN	Todos o algunos Estados miembros; otras instituciones u órganos de la UE, destinatarios no especificados	No obligatorio

La designación en la categoría de Derecho suave de instrumentos como recomendaciones, comunicaciones, resoluciones, conclusiones, guías, directrices, declaraciones, programas, códigos de buenas prácticas, etc., está inducida por el hecho de que todos ellos pueden ser tipificados como instrumentos legales de la Unión Europea a los que no han sido atribuidos fuerza legal obligatoria¹¹⁷, pero que son considerados como instrumentos jurídicos integrantes del ordenamiento europeo a pesar de su naturaleza no vinculante¹¹⁸.

¹¹⁵ MEDINA ORTEGA, M: *Reglas indicativas de conducta...* Op Cit. Pág. 439.

¹¹⁶ BORCHARDT, Klaus-Dieter: “El ABC de la Unión Europea...” *Óp. Cit.* Pág. 93 y siguientes.

¹¹⁷ SENDEN, L: *Sof law in European...* *Óp. Cit.* Pág. 23

¹¹⁸ ALONSO GARCÍA, R: *El soft law comunitario*”. *Op. Cit.* Pág. 64

Los instrumentos de Derecho suave se caracterizan por estar encaminados a influenciar en la conducta de los Estados miembros, instituciones, empresas e individuos. Este tipo de instrumentos, sin contener obligaciones, constan de ciertos elementos comunes de los que podemos citar los siguientes:

- i. el requisito obligatorio de estar formulados por sujetos que están investidos con la autoridad necesaria y de acuerdo a procedimientos pre establecidos;
- ii. los destinatarios de estas reglas de conducta están informados de su existencia y preparados a reconocer su autoridad, así como también están dispuestos a cumplirlos efectivamente;
- iii. las reglas de conducta conllevan una restricción de futura libertad de acción y por ello son lo suficientemente precisas; y
- iv. son medios de exhortación que llevan al destinatario a seguir las directivas encarnadas en sus obligaciones.

Tomadas todas estas características juntas, no nos queda más que afirmar que las visiones del Derecho suave sugieren que las reglas de conducta que no vinculan legalmente son políticamente vinculantes, lo que a veces conlleva efectos legales. Este concepto de Derecho suave lo abrazan no solo los acuerdos internacionales sino también varios documentos publicados por las instituciones europeas ¹¹⁹

Junto con ALONSO GARCIA ¹²⁰, entendemos que debemos comenzar por destacar que el artículo 249 TCE (actual artículo 288 TFUE), al referirse a las recomendaciones y los dictámenes, se limita a declarar su naturaleza no vinculante (a diferencia de lo que sucede con los instrumentos vinculantes, cuyas particulares características se encarga el mismo precepto de detallar), siendo la primera consecuencia de la falta de concreción conceptual la falta de claridad a la hora de distinguir cuándo debe recurrirse a las recomendaciones y cuándo a los dictámenes.

¹¹⁹ [La traducción es nuestra] ALDESTAM, M: “*Soft Law in the State Aid Policy Area*”, in *Soft Law in Governance and Regulation. An interdisciplinary Analysis*. Edited by Ulrika Mörtz. Ed. Edward Elgar Publishing Limited. UK, 2004. Page 16 and 17.

¹²⁰ ALONSO GARCÍA, R.: “*El soft law comunitario... Op. Cit.* Pág. 71

Se podría entender entonces que nos encontramos ante reglas de conducta que en principio no tienen fuerza vinculante pero que sin embargo pueden tener efectos prácticos¹²¹ o basadas en instrumentos a los que no se ha atribuido fuerza legal obligatoria como tal, pero sin embargo pueden tener ciertos (indirectos) efectos legales, y que apuntan o pueden producir efectos prácticos»¹²²

Según MEDINA ORTEGA¹²³ argumentos para el empleo de una técnica normativa que se aparta del sistema de fuentes establecido para la UE son ante todo de índole práctica. La gran dificultad de adoptar normas jurídicas obligatorias siguiendo los complejos procedimientos establecidos para los Tratados, que supone en muchos casos la imposibilidad de avanzar en el proceso de integración, fuerza a las instituciones comunes a adoptar recomendaciones, decisiones o comunicaciones dirigidas a conseguir que los Estados miembros tomen medidas que resultan necesarias pero que no es posible adoptar con carácter obligatorio siguiendo los procedimientos previstos en los textos constitucionales de la UE.

La multiplicación de actos atípicos de la Unión Europea, como las recomendaciones, las declaraciones, las comunicaciones interpretativas, los libros verdes, los libros blancos, los programas-marco o las acciones comunes, ha llevado a la doctrina a elaborar la categoría de *soft law* o Derecho blando europeo, a la que se pretende atribuir valor normativo o, al menos interpretativo¹²⁴.

¹²¹ [La traducción es nuestra] SYNDER, F: “*Soft law and institutional practice in the European Community*”. EUI WP Law 93/s, Florence, 1993

¹²² [La traducción es nuestra] SENDEN, L: “*Soft law in European Community Law*”. Ed. Hart, Oxford y Portland. Oregón, 2004. Page 112.

¹²³ MEDINA ORTEGA, M.: “*Reglas indicativas de conducta... Óp. cit., 441*. Las facultades normativas de las instituciones de la Unión se encuentran limitadas por dos principios reconocidos en los tratados: el principio de subsidiariedad, en virtud del cual las decisiones han de tomarse en el sentido más próximo al ciudadano, y el de proporcionalidad, que prohíbe adoptar normas que no se ajusten lo necesario y que vayan más allá de lo preciso.

¹²⁴ ALONSO GARCÍA, R.: “*Sistema jurídico de la Unión Europea... Óp. Cit, pág. 123*

Junto con los instrumentos típicos mencionados en el artículo 288 TFUE¹²⁵, la práctica institucional europea nos muestra toda una variedad de intervenciones atípicas (deliberaciones, resoluciones, códigos de conducta...), que pueden producir efectos jurídicos vinculantes *ad extra*¹²⁶.

2.1 Una breve referencia a los actos atípicos y su diferencia con los actos de Derecho suave.

Es conveniente ahondar en la categoría de los denominados actos atípicos de la Unión Europea, diferenciándolos del Derecho suave de la Unión Europea, ya que los actos atípicos –si bien no figuran en la numeración del artículo 288 TFUE, al igual que los instrumentos de Derecho suave- son el fruto de la práctica institucional, que pueden o no incluir en su categoría a los actos de Derecho suave, tal y como veremos a continuación.

Los actos atípicos son heterogéneos al igual que lo son los actos de Derecho suave, sin embargo, aquellos tienen tres elementos clave que podemos diferenciar:

- h) son actos comunitarios,
- i) son actos jurídicos y,
- j) son actos fuera de nomenclatura.

En este sentido, según el primer elemento (actos comunitarios) podemos excluir de la categoría los instrumentos vinculados al Derecho internacional. Tanto el primer como el segundo elemento (acto comunitario y acto fuera de nomenclatura) eliminan a los actos del segundo y del tercer pilar, cuya enumeración expresa en los artículos 12 a 15 y 34 TUE los convierte en actos pertenecientes a otras nomenclaturas, esto es, en «actos típicos de la Unión Europea».

¹²⁵ Véase nota número 114.

¹²⁶ ALONSO GARCÍA, R.: “*Sistema jurídico de la Unión Europea... Óp. Cit*, pág. 153. Conviene advertir que hay autores que, bajo la rúbrica de «actos fuera de nomenclatura», han venido reservando la expresión «actos atípicos» para aquellos mencionados en el tratado utilizando la terminología del artículo 249 TCE (ahora 288 TFUE) pero dotados de distinta naturaleza y efectos, esencialmente *ad intra* (caso de los *reglamentos* y *decisiones* de carácter orgánico, las *directivas* negociadoras o los *dictámenes* preparatorios), diferenciándolos de los «actos no previstos por el Tratado». Otros autores se han decantado por la expresión «actos innominados o atípicos», sin marcar diferencia alguna entre ellos.

Por otro lado, la calificación como acto jurídico conduce a requerir la producción de efectos jurídicos, pero entendiendo éstos en un sentido amplio que supone no limitarse a los de carácter vinculante, es decir, incluyen actos de Derecho suave además de otros actos jurídicos con diversos grados de intensidad normativa. Así es que SAENZ DE SANTA MARIA aclara que

“Sin entrar en consideraciones de carácter teórico, conviene señalar que esa aproximación amplia a la noción de efecto jurídico se justifica especialmente en nuestro ámbito de estudio porque como veremos seguidamente el TJ ha atribuido tal efecto a diversos actos atípicos. Cabe añadir que esta perspectiva permite evocar el concepto de soft law, si bien esta característica no puede predicarse de todos los actos fuera de nomenclatura pues algunos pertenecen al hard law, como sucede con las decisiones distintas de las contempladas en el artículo 249 TCE”¹²⁷.

Dicho en otras palabras, los actos fuera de nomenclatura pueden ser actos atípicos o actos de Derecho suave. Sin embargo, los actos atípicos incluyen actos que podrían ser estrictamente vinculantes y que por ello no pueden asimilarse a los actos suaves, por lo que

¹²⁷ SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A: “*Los aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa*”. En *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*. Texto del informe, estudios y ponencias. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. Pág 276. Respecto a los efectos jurídicos. Véase LIÑÁN NOGUERAS, D.J: “*El sistema de normas y actos en la Unión Europea*”. Volumen 2. En *Instituciones y Derecho De la Unión Europea*. 4ta Edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2004. Pág. 374. Respecto a los efectos de los actos atípicos a la luz de la jurisprudencia comunitaria véase SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A: “*Los aplicación en España... Op. Cit.* Pág. 279, en donde señala que “un análisis de la jurisprudencia comunitaria pone de relieve que, hasta el presente, según el caso, se han venido reconociendo tres tipos de efectos: en ocasiones, efectos jurídicos para terceros, alcance jurídico que ha permitido su control por la vía del recurso de anulación; entre otras, el acto atípico ha servido como pauta de interpretación; finalmente, algún acto fuera de nomenclatura ha sido utilizado para confirmar la argumentación judicial”. Respecto a la primera perspectiva, la consolidada doctrina del TJCE de atender al contenido del acto con independencia de su forma ha posibilitado el control de diversos actos atípicos. Como es sabido, ese principio fue enunciado por el Tribunal en su Sentencia del 31 de marzo de 1971 a propósito de una deliberación del Consejo en relación con la negociación y conclusión de un acuerdo internacional [Asunto 22/70, AETR], en la que afirmó que el recurso de anulación está abierto contra «todas las disposiciones adoptadas por las instituciones (cualquiera que sea su naturaleza o forma) destinadas a producir efectos jurídicos». Desde entonces, el TF examina en un primer momento si el acto está destinado a tal fin y, si es así, si respeta las condiciones de fondo y forma previstas por el Tratado... Respecto a la misma Sentencia, Asunto 22/70, AETR, Cfr. ALONSO GARCÍA “*Sistema Jurídico de la Unión... Óp. Cit.* Pág. 154, en donde el autor menciona que el “el Tribunal procede así, de entrada, al análisis del contenido del instrumento sometido a su enjuiciamiento para, una vez determinada, a la luz del mismo y en su caso, su naturaleza obligatoria, proceder a continuación con el examen de la competencia para su adopción y del respeto de una serie de exigencias formales. Con otras palabras, admite la adopción de instrumentos vinculantes de carácter normativo por las Instituciones europeas cualquiera que sea la denominación que reciban, siempre y cuando así se desprenda de su contenido y, además, se respeten determinadas reglas de forma y de competencia y, salvadas éstas, las de carácter sustancial (habida cuenta de que el Derecho derivado, incluido el atípico, no puede modificar lo dispuesto por el Tratado: cfr. asuntos Manghera e.a y Defrenne, ambos de 1976)”.

en la característica de “acto jurídico” que poseen los actos atípicos de la Unión, se encuentra la diferencia entre un tipo de acto y otro.

Los actos atípicos son aquellos que no están expresamente citados en el artículo 288 TFUE (anterior 249 TCE y el concordante 161 TCEEA), y que son reflejo de la práctica institucional para garantizar la actividad comunitaria ante la posible insuficiencia de los actos tasados o típicos y su definición y enumeración se hace por vía de exclusión, de forma empírica.

Por otra parte, su fuerza jurídica no puede determinarse *a priori* sino que es fruto de la práctica judicial comunitaria, mediante el recurso a un criterio material y no formal¹²⁸.

La multiplicación y proliferación de este tipo de actos e instrumentos en el Derecho de la Unión ha generado debate, tanto desde la perspectiva del ordenamiento como desde la óptica de su incidencia en los Derechos de los Estados miembros.

Se puede constatar así una doble situación problemática: por un lado, el casuismo y la heterogeneidad de los actos comunitarios (que sobrepasan largamente las categorías generales del artículo 288 TFUE, e incluso las previstas explícitamente a lo largo del texto

¹²⁸ *Ibidem*. Pág. 803... Esta delimitación a posteriori y caso por caso de su naturaleza y efectos jurídicos circunscribe su operatividad inicialmente al ámbito comunitario pero en un momento posterior se puede proyectar sobre el ámbito nacional, véase SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A.: “*Los aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa*”. En *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*. Texto del informe, estudios y ponencias. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. Pág 279. “*La doctrina también aporta diversas clasificaciones. Así, P. Y. Monjal se refiere a los actos que los tratados autorizan a las instituciones a adoptar con la misma denominación que los típicos pero sin compartir ninguna de sus características (reglamentos internos, decisiones sui generis...), los actos surgidos de la práctica internacional (resoluciones, conclusiones, comunicaciones, programas de acción, líneas directrices...) y los actos orgánicos dirigidos a mejorar los procesos decisorios (acuerdos interinstitucionales, declaraciones comunes, códigos de buena conducta, modus vivendi...), J.P. Jacqué incluye entre los actos fuera de nomenclatura los siguientes: las decisiones distintas de las mencionadas en el artículo 249 TCE, los acuerdos interinstitucionales, las resoluciones y conclusiones del Consejo y las comunicaciones de la Comisión. Por su parte, S. Lefevre adopta un enfoque funcional para distinguir entre los actos destinados a regular el funcionamiento interno de la Comunidad (reglamentos internos, acuerdos interinstitucionales, actos que completan los Tratados y decisiones que ponen fin a un proceso de toma de decisiones), y los actos dirigidos a constituir una doctrina administrativa (comunicaciones, resoluciones...)*”

de los propios Tratados) y, por otro, la falta de claridad sobre cuándo corresponde utilizar un tipo u otro de actuación, al menos con carácter general¹²⁹.

La determinación de los actos atípicos se hace principalmente por exclusión. Este rasgo, unido a la multiplicidad de formas de actuación de la Unión Europea, hace difícil cualquier intento de ofrecer un catálogo de los mismos.

La Convención Europea del 15 de mayo de 2002 y los trabajos desarrollados en el seno del Grupo IX de la Convención Europea¹³⁰ proporcionan cierta ayuda al momento de delimitar los actos atípicos de la Unión Europea señalando que:

«Las disposiciones de los Tratados no cubren todos los medios de acción de que disponen las instituciones. Paulatinamente se han desarrollado otros instrumentos, con valor jurídico no siempre completamente verificado, pero no exentos de efectos.

Pertenecen a esta categoría, en particular:

-Los acuerdos interinstitucionales, una manifestación práctica del principio de cooperación leal entre instituciones. Nadie pone en duda su eficacia como instrumento de autodisciplina para las instituciones, en particular en los ámbitos presupuestario y legislativo

¹²⁹ ALBERTI ROVIRA, E.: “La delimitación de las competencias entre la unión y los estados miembros”. Revista de Estudios Políticos. Número 119. Enero/marzo 2003. Pág. 92...En el texto de los Tratados se prevé además una gran variedad de acciones, no siempre reconducibles a categorías homogéneas. También existe una gran diversidad de actos, más allá de las categorías generales que prevé el artículo 249 TCE (antiguo art. 189 TCE: reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes), a las que los propios textos originales de los Tratados y sus sucesivas reformas han ido añadiendo otros tipos y categorías (orientaciones, programas de diversa denominación, decisiones atípicas —no correspondientes a la categoría del art. 249 TCE—; y, en el ámbito de los pilares de cooperación intergubernamental introducidos en Maastricht, las acciones comunes, los principios y orientaciones generales, las estrategias y las posiciones comunes, las decisiones atípicas, las directrices, los códigos de conducta y las declaraciones). Además, las propias instituciones actúan en ocasiones a través de actos atípicos, no previstos en los Tratados, cuyos efectos jurídicos son todavía más dudosos: es el caso de los acuerdos interinstitucionales, las conclusiones y resoluciones del Consejo Europeo y del Consejo y las declaraciones de las instituciones comunitarias o de los propios Estados miembros que se adjuntan a las actas o a las declaraciones del Consejo.

¹³⁰ Sobre esta cuestión, documento de reflexión del Presidium sobre «Los instrumentos jurídicos: sistema actual» de 15 de mayo de 2002, CONV 50/02; Informe final del Grupo IX: “Simplificación”, de 29 de noviembre de 2002, CONV 424/02.; y el Informe del Parlamento Europeo sobre la tipología de los actos y la jerarquía de las normas en la Unión Europea (ponente J. L. Bourlanges), de 18 de octubre de 2002. Así como Véase. SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A.: “Los aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa”. En Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. Pág. 277 y ALBERTI ROVIRA, E.: “La delimitación de las competencias entre la unión y los estados miembros”. Revista de Estudios Políticos. Número 119. Enero/marzo 2003. Pág. 92

- Las conclusiones y resoluciones del Consejo Europeo, que tienen un carácter político más que jurídico pero que pueden afectar considerablemente a los procedimientos legislativos.
- Las resoluciones y conclusiones del Consejo, que sólo tienen valor político pero que no están totalmente exentas de efectos jurídicos. Tienen valor interpretativo de actos jurídicos, como ha reconocido el Tribunal de Justicia.
- Las declaraciones de los Estados miembros incluidas en las actas o en las conclusiones del Consejo, que no tienen efectos jurídicos.
- Las declaraciones que las instituciones adjuntan a algunos actos jurídicos, que tienen un valor meramente declarativo»¹³¹.

De igual manera la Convención Europea de 29 de noviembre de 2002¹³², en un esfuerzo por «la simplificación y jerarquización de los actos de la Unión», señala que la Unión cuenta con 15 instrumentos jurídicos diferentes y que algunos de estos instrumentos, aunque lleven nombres diferentes, tienen efectos similares y considera que el número de instrumentos jurídicos a disposición de las instituciones de la Unión deberá reducirse significativamente, a fin de fortalecer los fundamentos democráticos del orden jurídico de la Unión gracias a una mejor posibilidad de lectura del sistema¹³³. En cuanto a los actos atípicos, expresa lo siguiente:

¹³¹ Documento de reflexión del Presidium sobre «Los instrumentos jurídicos: sistema actual» de 15 de mayo de 2002, CONV 50/02. Pág. 9. El Punto 28 de la Convención: «muchos piensan que la multiplicación de instrumentos que se ha producido con la extensión de las políticas de la Unión constituye un factor de inseguridad jurídica y uno de los principales motivos de la opacidad de que se acusa a la Unión. En consecuencia, algunos argumentan que debería reducirse la gama de instrumentos y/o armonizar los efectos jurídicos de los instrumentos en los tres pilares»

¹³² Informe final del Grupo IX: «Simplificación», de 29 de noviembre de 2002, CONV 424/02. Disponible en <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/es/02/cv00/cv00424.es02.pdf>. [Disponible en línea].

¹³³ Véase Convención Europea. Bruselas, 29 de noviembre de 2002. Pág. 3. El Grupo propuso limitar los instrumentos de la Unión de la manera siguiente:

1. Instrumentos obligatorios:

- a) **Reglamento** (que se propone llamar "ley de la Unión Europea" - "ley UE" en el futuro): Se trataría de un acto de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros. Su definición correspondería a la que existe actualmente en el artículo 249 del TCE.
- b) **Directiva** (que se propone llamar "ley marco de la Unión Europea" - "ley marco UE" en el futuro): La directiva se definiría como un acto que vincula a los Estados miembros en cuanto a los resultados que hay que lograr, pero dejando a las instancias nacionales la competencia sobre la forma y los medios. Su definición correspondería a la de la directiva que se prevé en el artículo 249 del Tratado.
- c) **Decisión**: La decisión sería un acto obligatorio en todos sus elementos. Podría designar destinatarios o no. Cuando tuviera destinatarios, sería obligatoria para ellos. La definición de decisión sería, en consecuencia, más amplia de la que establece actualmente el artículo 249 del Tratado, que prevé que la decisión tenga siempre destinatarios. No constituye un acto legislativo.

2. Instrumentos no obligatorios

«Por lo que se refiere a los actos empleados por las instituciones pero no previstos en el tratado y carentes en principio de valor jurídico obligatorio (resoluciones, conclusiones, declaraciones, etc.), el Grupo consideró que la simplificación de dichos actos debería hacerse con prudencia a fin de salvaguardar la flexibilidad necesaria en su utilización (...), por lo que, «el Grupo sugiere introducir en el tratado la regla de que el legislador (Parlamento/Consejo) se abstendrá de adoptar actos atípicos en un tema cuando se le hayan presentado propuestas o iniciativas legislativas sobre el mismo tema. En efecto, la utilización de actos atípicos en los ámbitos legislativos puede dar la impresión errónea de que la Unión legisla mediante la adopción de instrumentos atípicos¹³⁴».

Los actos atípicos pese a su condición de actos *sui generis* y a su variedad, vienen recibiendo una apreciable consideración en la práctica española, de forma elevada en cuanto al número y con variedad de finalidad¹³⁵.

SÁENZ DE SANTA MARIA, señala:

d) **Recomendación:** Se definiría como un acto sin carácter vinculante (la misma definición que la que figura en el artículo 249 del TCE).

e) **Dictamen:** Se definiría también como un acto sin carácter vinculante (sin cambios en relación con el artículo 249 actual).

¹³⁴ Véase Convención Europea. Bruselas, 29 de noviembre de 2002. Pág. 6

¹³⁵ SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A: “*Los actos comunitarios atípicos*..Op. Cit. Pág 809 y ALONSO GARCÍA, R: “*El soft law comunitario*”, Revista de Administración Pública, núm. 154, enero-abril 2001, pág. 73. Así, ALONSO GARCIA señala cuanto sigue: “Puede advertirse sin ir más lejos, puede advertirse que las referidas resoluciones del Consejo pueden en ocasiones actuar a modo —según acabamos de ver— de *soft law* y en otras como *hard law* [valga como ejemplo la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo en relación con la libre circulación de mercancías de 7 de diciembre de 1998 —publicada en la Serie L del «Diario Oficial»—, en la que se conviene, entre otras cuestiones, en que «los Estados miembros acuerdan garantizar la existencia de vías de recurso rápidas y eficaces para toda persona que haya sido perjudicada a consecuencia de una infracción del Tratado provocada por obstáculos de los contemplados en el artículo 1 del Reglamento (CE) 2679/98» y se comprometen «a adoptar todas las medidas razonables y proporcionadas para informar a las personas afectadas por una infracción del Tratado de estas características acerca de la existencia de tales recursos y del procedimiento que han de seguir para hacer valer sus derechos»]. Dicho todo lo cual, es de resaltar la práctica consolidada desde la primera ampliación de las Comunidades de incorporar en la Primera Parte de los Tratados de Adhesión, dedicada a los «Principios», un precepto —art. 3.3— en el que se establece que «los nuevos Estados miembros se hallan en la misma situación que los Estados miembros respecto de las declaraciones, resoluciones u otras posiciones adoptadas por el Consejo, así como respecto de aquellas relativas a las Comunidades Europeas adoptadas por los Estados miembros; por consiguiente, respetarán los principios y orientaciones que se desprenden de las mismas y adoptarán las medidas que puedan resultar necesarias para asegurar su aplicación» (ello en el bien entendido, como señalaría el Tribunal en *Hurd*, 15 enero 1986 —44/84—, que el mencionado precepto «no atribuye sin embargo ningún efecto jurídico adicional a los actos a los que se aplica»).

*“Pese a su condición de actos sui generis y a su variedad, los actos atípicos vienen recibiendo una apreciable consideración en la práctica española, de forma elevada en cuanto al número y con variedad de finalidades. Diversos textos normativos, tanto estatales como autonómicos, invocan actos atípicos en sus Exposiciones de Motivos a la hora de justificar la conveniencia de la regulación y su orientación. En este ámbito legislativo, los actos más considerados son los Libros Blancos y Verdes de la Comisión y los actos del Consejo Europeo en relación con la Unión Económica y monetaria”*¹³⁶.

El Tribunal de Justicia, admite la adopción de instrumentos vinculantes de carácter normativo por las Instituciones europeas cualquiera que sea la denominación que reciban, siempre y cuando así se desprenda de su contenido y, además, se respeten determinadas reglas de forma y de competencia y, salvadas éstas, las de carácter sustancial (habida cuenta de que el Derecho derivado, incluido el atípico, no puede modificar lo dispuesto por el Tratado)¹³⁷.

3. Enumeración de alguna de las reacciones del Parlamento Europeo ante la proliferación del Derecho suave

3.1. Resolución del Parlamento Europeo de 4 de setiembre de 2007 sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho suave.

El Tribunal de Justicia ha tratado de poner coto tanto a la pretensión de que los instrumentos de Derecho suave adquieran el carácter de fuentes formales del Derecho de la Unión junto al reglamento y a la directiva, como a la de dar valor auténtico a las interpretaciones de normas por una u otra institución, sobre todo, por la Comisión.

El Parlamento Europeo, por su parte, ve con preocupación la pretensión del Consejo y de la Comisión de arrogarse la función de interpretar de modo auténtico los textos normativos. Lo que más ha molestado al Parlamento ha sido que, a través de las “comunicaciones interpretativas” de la Comisión o “declaraciones” del Consejo, se intente cambiar el alcance de los textos acordados entre las instituciones después de prolongadas negociaciones.

¹³⁶ SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A: “Los actos comunitarios atípicos... Op. Cit. Pág 829

¹³⁷ ALONSO GARCÍA, R.: “Sistema jurídico de la Unión Europea... Op. Cit, pág. 154. Véase Asunto Comisión v Consejo (AETR, 1971) y Asunto Manghera e.a y Defrenne, ambos de 1976.

Cuestión ésta a la que dedicaremos especial mención en la segunda parte de la investigación respecto a los efectos jurídicos de las Comunicaciones de la Comisión en materia de Defensa de la competencia y su preponderante rol.

Así, con motivo de la conclusión del “Acuerdo interinstitucional relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria”, de 22 de diciembre de 1998¹³⁸, el Parlamento se pronunció de modo expreso contra el recurso a las declaraciones interpretativas por las instituciones y los Estados miembros, frente a una declaración del Consejo en el sentido contrario.

Sobre la base del informe, el pleno del Parlamento europeo adoptó en 2007 una resolución¹³⁹ en la que advertía sobre el valor relativo de los instrumentos de Derecho suave.

La referida resolución fue la reacción del Parlamento europeo frente a las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de instrumentos de Derecho suave. En este sentido, manifestó en los siguientes términos que *“lamenta el uso cada vez mayor por parte de la Comisión del Derecho suave (soft law), como las recomendaciones y las comunicaciones interpretativas, sorteando de esa manera las prerrogativas de la autoridad legislativa”*.

En una primera línea puramente defensiva, el Parlamento niega todo valor jurídico a los instrumentos de Derecho suave, y critica el recurso a la idea del “Derecho blando” como una contradicción de principio, ya que el Derecho ha de ser rígido¹⁴⁰.

¹³⁸ DOCE, C 73, 17 de marzo de 1999.

¹³⁹ Resolución de 4 de setiembre de 2007 sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho suave. Textos aprobados, P6_TA (2007) 0366

¹⁴⁰ “Considerando que la noción del Derecho suave, basada en la práctica común, es ambigua y perniciosa, y que no debería utilizarse en ningún documento de las instituciones comunitarias... Considerando que los llamados instrumentos de Derecho suave como las recomendaciones, los libros verdes y blancos o las Conclusiones del Consejo no tienen ningún valor jurídico o carácter vinculante, Considerando que el Derecho suave no entraña una tutela jurídica plena... Considerando que en el *asunto Van Gend & Loos*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que el objetivo del Tratado “(...) implica que constituye más que un acuerdo que sólo crearía obligaciones mutuas entre los Estados contratantes; (...) la comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, si bien en ámbitos restringidos, sus derecho soberanos, y cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros, sino también sus

Así, el Parlamento europeo manifestaba que el Derecho suave es un instrumento ambiguo e ineficaz que puede tener efectos negativos en la legislación comunitaria y en el equilibrio entre instituciones, y que debe utilizarse con precaución. Recuerda que el mismo no puede sustituir a los instrumentos y actos jurídicos, que han de servir para garantizar la continuidad del proceso legislativo. Deplora que la Comisión utilice el Derecho suave como sustituto de la legislación de la UE. Insta a la Comisión a esforzarse particularmente en garantizar la transparencia, la visibilidad y la responsabilidad pública en el proceso de

nacionales” y que (...) por consiguiente, el Derecho comunitario (...) no sólo impone obligaciones a los particulares, sino también está destinado a generar derechos que pasan a formar parte de su patrimonio jurídico. Estos derechos nacen no sólo cuando reconocidos expresamente por el Tratado, sino también en razón de las obligaciones que el Tratado impone de una forma bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias...

Considerando que de ello se deriva que las instituciones de la Unión Europea no pueden actuar sino de acuerdo con el principio de legalidad, es decir, cuando un fundamento jurídico les atribuye determinadas competencias y dentro de los límites de sus poderes, y que existe un Tribunal europeo que vela por el respeto de esos principios..... Considerando que sólo con la adopción de textos legislativos mediante los procedimientos institucionales previstos por el Tratado pueden garantizarse la seguridad jurídica, el Estado de Derecho, la tutela judicial y la aplicación de las leyes; que ello implica también el respeto del equilibrio institucional inscrito en el Tratado y la transparencia del proceso decisorio...Considerando que cuando el Tratado lo dispone de forma expresa, los instrumentos de derecho suave son legítimos, siempre que no se utilicen como sustitutos de la legislación cuando la Comunidad tenga competencias legislativas y parezca necesaria una reglamentación comunitaria con arreglo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pues ello supondría infringir el principio de atribución de competencias específicas...Considerando que estos instrumentos, que pueden utilizarse como herramientas de interpretación o preparatorias para actos legislativos vinculantes, no deben tratarse como legislación ni se les debe reconocer ninguna eficacia normativa. Considerando que semejante situación acarrearía confusión e inseguridad en un ámbito en que, en interés de los Estados miembros y de los ciudadanos, deben prevalecer la claridad y la seguridad jurídica...Considerando que el artículo 211 del Tratado CE dispone que “con objeto de garantizar el funcionamiento y el desarrollo del mercado común, la Comisión (...) formulará recomendaciones (...) respecto de las materias comprendidas en el presente Tratado, si éste expresamente lo prevé o si la comisión lo estima necesario” pero que, conforme al quinto párrafo del artículo 249, las recomendaciones no son vinculantes, y que el Tribunal de Justicia ha dictaminado que las recomendaciones constituyen actos cuya finalidad, incluso con respecto a sus destinatarios, no es producir efectos vinculantes y no pueden generar derechos que los particulares puedan invocar ante la jurisdicción nacional; que el artículo 230 TCE excluye la posibilidad de anular las recomendaciones, al no tener carácter vinculante. Considerando, sin embargo, que el Tribunal de Justicia ha dictaminado que “los citados actos no pueden ser considerados como carentes e absoluto de efectos jurídicos. Efectivamente, los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”. Considerando que es posible que las recomendaciones, si se aplican sin la necesaria cautela, pueden hacer que determinadas actuaciones de la Comisión sobrepasen los límites de sus competencias...Considerando que, cuando la Comunidad cuenta con competencias legislativas pero le falta la voluntad política de legislar, el uso del Derecho suave puede llevar a eludir los órganos legislativos realmente competentes, lo que puede pervertir los principios de democracia y Estado de Derecho, establecidos en el artículo 6 del Tratado de la UE, así como la subsidiariedad y la proporcionalidad, recogidas en el artículo 5 del Tratado UE y tener como resultado que la Comisión actúe rebasando sus competencias...”

adopción de actos comunitarios no vinculantes, así como en incrementar el uso de la figura de la evaluación de impacto en el proceso decisorio.

La resolución hace hincapié en que el Parlamento, en su calidad de única institución comunitaria elegida democráticamente, no es consultado actualmente sobre la utilización de estos instrumentos y por último insiste en que conviene evitar el uso de la expresión “Derecho suave”, así como su invocación, en toda ocasión y en todos los documentos oficiales de las instituciones europeas.

3.2. Documento del Parlamento europeo acerca de los controles y contrapesos del Derecho suave

Los profesores holandeses SENDEN y VAN DEN BRINK se fijan en una serie de actos que colocan bajo la denominación de *Soft EU rule-making*, que merece la pena destacar.

En el año 2012, la Dirección General de Política Interna de la Unión Europea bajo la autoría de SENDEN y VAN DEN BRINK¹⁴¹ elabora un documento denominado “*Controles y contrapesos frente a la producción de Derecho suave europeo*”.

El citado trabajo, producto de la realidad del Derecho europeo ante el establecimiento de nuevas reglas de conducta o principios rectores que no existen en el Derecho originario ni derivado de la Unión, con el fin de brindar mayores reglas y guías a las autoridades nacionales y actores interesados para la interpretación, transposición, aplicación y cumplimiento del Derecho europeo con la visión de mejorar y reforzar la transparencia, certeza jurídica y correcta y uniforme interpretación del Derecho europeo.

El trabajo distingue la existencia de dos tipos de instrumentos de Derecho suave, descartando de esta categoría los instrumentos preparativos o informativos como los Libros blancos, libros verdes y ciertas comunicaciones y comunicados, porque estrictamente no

¹⁴¹ [La traducción es nuestra] *Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making*. Estudio elaborado por la Dirección General de Política Interna de la Unión Europea. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2012. Autores: Prof. Dr. L.A.J. Senden y Dr. A. van den Brink, Europa Institute, Utrecht University.

Disponible en línea: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462433/IPOL-JURI_ET\(2012\)462433_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462433/IPOL-JURI_ET(2012)462433_EN.pdf)

son Derecho suave al no regular conductas. Los dos tipos de categorías de Derecho suave son: i) *normas de regulación suave*, incluyendo instrumentos para legales y de carácter político, y ii) *normas de procedimiento suave*, incluyendo instrumentos post legislativos e indicativos.

Habrá que estar muy atentos a la evolución sobre estos instrumentos desechados por los citados autores, ya que hoy, un libro blanco o verde queda lejos de esta categoría. Siguiendo las reglas de interpretación del artículo tercero del Código civil español, llamamos la atención sobre la referencia expresa a los antecedentes históricos legislativos, esto es, a elementos anteriores, que bien en forma de antecedentes históricos o de preliminares legislativos (anteproyectos caducados en la tramitación parlamentaria, mociones, borradores de normas, consultas públicas, etc.) pueden constituir el marco de una interpretación no desdeñable a efectos de servir como engarce preciso y directo entre un vacío normativo y su posible relleno en una resolución judicial, en una decisión administrativa, en fin, en un elemento que al final tenga carácter, incluso ejecutivo.

La interpretación, aunque evidentemente tiene límites y no cabe el libre albedrío del juez o del aplicador del Derecho, sin embargo, sin que puede apoyarse, insistimos, por prescripción técnica inmediata del artículo tercero del Código civil, en este tipo de documentos que incorporan reflexiones de pensamiento jurídico, constituyen antecedentes de la resolución judicial o administrativa. En suma, es verdad que bastante se avanza ya en nuestros días con la incorporación de efectos quasivinculantes, como veremos, a las reglas de Derecho suave, comúnmente aceptables. Pero no podemos descartar, que en el futuro que se avizora, estos otros instrumentos, aún más débiles, acaben siendo también monumentos vivientes que en el algún momento sirvan de asidero al juez o al administrador para apoyar un determinado criterio interpretativo que le permita llegar a una solución, muy especialmente, hay que insistir en los casos de vacío normativo.

La categoría de normas de regulación suave contiene todo tipo de nuevas reglas de conducta o directrices políticas no contenidas o preexistentes en ningún tipo de norma de Derecho europeo originario o derivado. Se podría decir que este tipo de instrumentos de regulación suave cumplen una función para- legislativa. Este tipo de reglamentación se

manifiesta de diferentes formas, en primer lugar, por el uso de instrumentos por parte del Consejo no previstas en los Tratados, como conclusiones, directrices, resoluciones y códigos de conducta, que establecen reglas generales de conducta que deberán ser aplicadas directamente por los destinatarios, particularmente por los Estados miembros.

La segunda categoría de producción de normativa suave está conformada por comunicaciones, directrices, guías, códigos y circulares. Éstas forman una categoría importante de Derecho suave cumplimiento una función post – legislativa, proveyendo mayor número de reglas y guías a las autoridades nacionales y autores relevantes acerca de la interpretación, transposición, aplicación y cumplimiento del Derecho de la UE. Esto ocurre con miras a mejorar la transparencia, certeza jurídica y la correcta y uniforme interpretación del Derecho de la Unión. Este tipo de Derecho suave está siempre relacionado con una legislación de cumplimiento obligatorio preexistente.

Según esta descripción, se puede inferir, que en el contexto del Derecho europeo, el Derecho suave administrativo, es un mecanismo de co-regulación, considerada como complemento de la legislación europea más que como una alternativa a la misma¹⁴².

El documento concluye que es perfectamente posible establecer un marco legal lo suficientemente flexible para la producción del Derecho suave europeo, incluyendo políticas de transparencia, modalidades y requerimientos de consultas, rendición de cuentas interna y externa, etc.

En este sentido, existen elementos importantes a tener en cuenta para la conformación de una estrategia de buena administración en donde se incluya, al menos¹⁴³:

- i. Una tipología de los actos de Derecho suave y una clarificación de su estatus legal
- ii. Una reorientación de la doctrina Melloni¹⁴⁴ para una mejor delimitación del marco legal y práctica institucional a fin de proveer mayor seguridad jurídica sobre este asunto.

¹⁴² Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making. *Op. Cit.* Pág. 12-16.

¹⁴³ *Ibidem.* Pág. 84.

- iii. La función de las evaluaciones de impacto para conformación del proceso normativo del Derecho suave¹⁴⁵
- iv. Codificación de las prácticas existentes en general, como las que rigen para publicación de los actos Derecho suave o respecto al acceso a los documentos.
- v. El papel de la comitología¹⁴⁶ como un dispositivo de control para los Estados miembros y la Parlamento Europeo;
- vi. El establecimiento de reglas claras sobre las modalidades de consulta aplicables, teniendo en cuenta los valores de igualdad de trato, teniendo en cuenta los valores centrales de los Tratados en cuanto a tratamiento igualitario e inclusión.
- vii. El establecimiento de reglas claras en la respuesta y la obligación de dar razones;
- viii. Una especificación de las revisiones judiciales y administrativas.

3.3. Instrumentos para la mejora de la legislación europea: las denominadas evaluaciones de impacto y el Derecho suave

La estrategia de mejora de legislación, y en particular el acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación¹⁴⁷ pretende mejorar la manera en que la UE legisla y conseguir que

¹⁴⁴ Case 9/56, *Melloni*, [1958] Esta famosa doctrina excluye la delegación de poderes discrecionales desde la Comisión a las Agencias. Sin embargo, esta doctrina se encuentra constantemente bajo presión de la práctica institucional por la que ciertas agencias han desarrollado políticas que se asemejan bastante al poder regulador. Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making. *Op. Cit.* Pág 23. Véase con más detalle el importante trabajo de ALONSO GARCÍA, R.: *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2014.

¹⁴⁵ *Cfr.* Punto 3.3

¹⁴⁶ El término "*comitología*" resume el modo en que la Comisión ejerce las competencias de ejecución que le otorga el legislador de la UE, con la asistencia de comités de representantes de los Estados miembros. Los departamentos de la Comisión presentan los proyectos de disposiciones de ejecución a los "*comités de comitología*" para dictamen. Puede consultarse el Reglamento N° 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (en vigor desde el 1 de marzo de 2011).

¹⁴⁷ El 15 de diciembre de 2015, el Consejo aprobó un acuerdo provisional para la mejora de la legislación, alcanzado con el Parlamento Europeo y la Comisión, dicho acuerdo se adoptó el 15 de marzo de 2016. Los ministros también aprobaron medidas sobre programación anual, las cuales traducen las disposiciones del acuerdo interinstitucional en un conjunto de medidas prácticas concretas y plazos indicativos. El Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación, fue firmado el 13 de abril de 2016 y entró en vigor el 1 de junio de 2002. Se publicó en el Diario Oficial el 12 de mayo de 2016. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:123:FULL&from=EN>

la legislación de la UE sirva de una manera más adecuada a los ciudadanos y a las empresas. Debe lograr que el proceso legislativo de la UE sea más transparente, abierto a la participación de las partes interesadas y más sencillo de seguir. Además, ayudara a evaluar el impacto de la legislación de la UE en las pequeñas y medianas empresas, la industria local y el ciudadano de a pie introduciendo un nuevo acuerdo entre las instituciones de la UE, concebido para lograr que la cooperación entre ellas sea más fluida y clara.

Las evaluaciones de impacto son un instrumento que ayuda a las tres Instituciones¹⁴⁸ a tomar decisiones fundadas y que no sustituyen a las decisiones políticas durante el proceso democrático de adopción de decisiones. Las evaluaciones de impacto no deben provocar retrasos indebidos en el procedimiento legislativo ni menoscabar la capacidad de los legisladores para proponer enmiendas¹⁴⁹.

Las evaluaciones de impacto deben abordar la existencia, la magnitud y las consecuencias de un problema y valorar si es necesaria la actuación de la Unión. Deben indicar soluciones alternativas y, cuando sea posible, los costes y beneficios potenciales a corto y largo plazo, evaluando de forma integrada y equilibrada las repercusiones económicas, medioambientales y sociales mediante análisis cualitativos y cuantitativos. Es preciso respetar plenamente los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como los derechos fundamentales. Las evaluaciones de impacto también deben abordar, siempre que sea posible, el «coste de la no Europa», y las repercusiones en la competitividad y las cargas administrativas de las distintas opciones, prestando especial atención a las pymes (pensar primero a pequeña escala), los aspectos digitales y las consecuencias territoriales. Las evaluaciones de impacto deben estar basadas en información precisa, objetiva y completa y ser proporcionadas en lo que atañe a su alcance y a su enfoque¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Parlamento europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea.

¹⁴⁹ Numeral 12 del acuerdo interinstitucional entre el Parlamento europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación

¹⁵⁰ *Ídem.*

Un importante principio subyacente a la estrategia de mejora de la legislación, es el principio de proporcionalidad el cual estipula que el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados¹⁵¹. No lo abordamos en este momento, ya que en sí mismo constituye un principio fundamental de la aplicación del Derecho de la Unión.

En definitiva, hemos visto tres fases sucesivas de valoración por el Parlamento europeo de lo que merece, en su opinión, el denominado Derecho suave. Una primera radicalmente negativa; una segunda intermedia, en que se atempera ese rechazo rotundo inicial y finalmente, esta tercera en la que se comienza a admitir que existen técnicas, como la evaluación, que permitirá mejorar este nuevo instrumento.

4. La revisión judicial del Derecho suave de la Unión Europea.

Desde sus primeros años de actividad, el Tribunal de Justicia ha exigido como requisito de impugnabilidad de los actos la concurrencia de un carácter vinculante y una capacidad de producción de efectos jurídicos. Estos requisitos se exigen conjuntamente, aunque en ocasiones, como en el caso del control prejudicial de validez se manifiestan alternativamente¹⁵².

Veremos en los apartados siguientes cómo el Tribunal de Justicia se ha declarado competente tanto por la vía recurso de anulación como por vía de la cuestión prejudicial de validez para entender en casos de Derecho suave, basado en el requisito de la capacidad de este tipo de instrumentos, de producir efectos jurídicos a pesar de su efecto vinculante *ad extra*.

¹⁵¹ Artículo 5, párrafo 4 del TUE: “*En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*”.

¹⁵² Véanse las sentencias Grimaldi (C 322/88) apartados 8 y 9, Deutsche Shell (C 188/91) apartado 18, Asunto Lodato & C. (C-415/07), apartado 21.

Cabe recordar que el Tribunal de Justicia, ya hace muchos años atrás, ha consolidado una doctrina en torno a la naturaleza vinculante o no vinculante de la actividad comunitaria analizando el contenido de la misma en detrimento de su forma¹⁵³.

Pasemos a mencionar las sentencias del Tribunal de Justicia que sientan las bases de la noción de Derecho suave en el ámbito europeo.

En reiteradas ocasiones manifestaba el Tribunal de Justicia que la Comisión puede imponer orientaciones para el ejercicio de sus facultades de apreciación mediante actos como las *directrices*, siempre que incluyan reglas indicativas para su comportamiento, que no se separen del Tratado y que contribuyan a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de su actuación; aunque no vinculan al Tribunal de Justicia, representan una herramienta útil en su hilo argumental¹⁵⁴.

La jurisprudencia también ha añadido que, al publicar estas reglas, la Comisión se auto limita en el ejercicio de su discrecionalidad y no puede alejarse de esas pautas sin motivación, expresando que en caso contrario, habría que sancionarla por violación de principios jurídicos, como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima, lo cual no cabe excluir que, «*bajo ciertos requisitos y en función de su contenido, dichas reglas de conducta de alcance general produzcan efectos jurídicos*»¹⁵⁵

Pasamos ahora a realizar una recopilación de las Sentencias más relevantes, tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal General respecto a los efectos y el alcance del Derecho suave.

Respecto a las competencias de los Tribunales de la Unión para entender en casos de Derecho suave, podemos decir que según el Artículo 256 TFUE (antiguo artículo 225 TCE) el Tribunal General será competente para conocer en primera instancia de los recursos

¹⁵³ ALONSO GARCÍA, R.: “*El soft law comunitario... Óp. Cit.* Pág. 84

¹⁵⁴ Sentencias de 24 de marzo 1993, CIRFS y otros/Comisión (C-313/90), apartados 34 y 36; de 5 de octubre de 2000, Alemania/Comisión (C 288/96), apartado 62; de 7 de marzo de 2002, Italia/Comisión (C 310/99), apartado 52; y de 4 de julio de 2000, Comisión/Grecia (C 387/97), apartados 87 y 89.

¹⁵⁵ Sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C 189/02 P, C 202/28P, C 205/02 P a C 208/02 P y C 213/02 P), apartado 211; de 10 de diciembre de 1987, Del Plato y otros/Comisión (181/86 a 184/86), apartado 10; de 9 de octubre de 1984, Adam y otros/Comisión (80/81 a 83/81 y 182/82 a 185/82), apartado 22; y de 15 de enero de 2002, Libéros/Comisión (C-171/00 P), apartado 35.

contemplados en los artículos 263, 265, 268, 270 y 272, con excepción de los que se atribuyan a un tribunal especializado creado en virtud del artículo 257 y de los que el Estatuto reserve al Tribunal de Justicia. El Estatuto podrá establecer que el Tribunal General sea competente en otras categorías de recursos.

Contra las resoluciones dictadas por el Tribunal General en virtud del presente apartado podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto.

Respecto a las competencias del Tribunal de Justicia, desarrollaremos a continuación las impugnaciones del Derecho suave ante el Tribunal de Justicia, tanto por la vía recurso de anulación como por la vía de la cuestión prejudicial de validez.

4.1. Impugnación de Derecho suave por la vía del recurso de anulación

Respecto a las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que se refiere al recurso de anulación, el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 230 TCE)¹⁵⁶, establece que *“el Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes...”*,

¹⁵⁶ Artículo 263: (antiguo artículo 230 TCE): *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.*

A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Tribunal de Cuentas, por el Banco Central Europeo y por el Comité de las Regiones con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos.

Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.

Los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos.

Los recursos previstos en el presente artículo deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo

pudiendo pronunciar sin embargo respecto a “*la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión*”¹⁵⁷.

Por su misma naturaleza jurídica, los actos de Derecho suave carecen de la intención de generar efectos jurídicos, pero lo cierto es que los producen¹⁵⁸.

La *Sentencia Comisión v. Consejo Asunto AETR*, dictada en 1971¹⁵⁹, discutía entre otras cosas, la condición de acto de una deliberación del Consejo relativa a la negociación y a la conclusión, por los Estados miembros, de un acuerdo internacional¹⁶⁰. El Tribunal de Justicia declaró admisible el recurso (finalmente desestimado) interpuesto contra dicha *deliberación* del Consejo.

De igual forma, en la *Sentencia Comisión v. Consejo, asunto 25/94*, admitió (y en este caso estimó) el recurso interpuesto contra una *decisión* del Consejo por la que se atribuía a los Estados miembros el derecho de voto en el seno de la FAO para adoptar el Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que faenaran en alta mar¹⁶¹.

En opinión del Consejo, dicha deliberación no constituía, ni por su forma ni por su objeto o contenido un acto impugnabile, sino un acuerdo político entre Estados miembros en el

¹⁵⁷ Así lo establece el artículo 267 del TFUE (antiguo artículo 234 TCE) cuando dispone “*el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad*”.

¹⁵⁸ Véase en este sentido las afirmaciones contenidas en el estudio denominado “Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making”. *Op. Cit.* Pág. 56, *Cfr.* punto 3.2

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, *Comisión v. Consejo Asunto AETR* (22/70), de fecha 31 de marzo de 1971.

¹⁶⁰ Acuerdo europeo sobre el trabajo de los conductores de vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera

¹⁶¹ *Comisión v. Consejo, asunto 25/94* de fecha 19 de marzo de 1996.

marco del Consejo, sin ningún propósito de crear un derecho, imponer una obligación o modificar una situación jurídica.

Paulatinamente, el Tribunal de Justicia ha ido confirmando en el marco de una serie de recursos de anulación interpuestos por Francia a lo largo de los años noventa contra actividad atípica de la Comisión de la más variada índole:

- **9 de octubre (366/88)**¹⁶² a propósito de unas *instrucciones internas de servicio* de la Comisión sobre ciertas modalidades administrativas y técnicas que deben aplicar los agentes autorizados por la Comisión para la toma de muestras y el análisis de productos efectuados en el marco de la gestión y del control del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agraria (FEOGA).
Se trata de unas instrucciones internas de servicio sobre ciertas modalidades administrativas y técnicas que deben aplicar los agentes autorizados por la Comisión para la toma de muestras y el análisis de productos efectuados en el marco de la gestión y el control de FEOGA. El Tribunal ha declarado susceptibles de recursos dichas instrucciones internas de servicio.
- **13 de noviembre 1991 (303/90)**¹⁶³ a propósito de un *código de conducta* en materia de control financiero de las intervenciones de carácter estructural. El Tribunal ha declarado susceptibles de recursos dicho código de conducta.
- **16 de junio 1993 (325/91)**¹⁶⁴ a propósito de una *comunicación* relativa a la aplicación del Tratado y de una directiva a las empresas públicas del sector de fabricación.

¹⁶² STJCE de 9 de octubre de 1990, asunto 366/88, Francia c. Comisión.

¹⁶³ STJCE de 13 de noviembre de 1991, asunto 303/90, Francia c. Comisión. Véase también la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de octubre de 1995, Asunto C-58/94, Países bajos c. Consejo. Poco después, STJGE de 30 de abril de 1996; y asunto C -27/04. En Países bajos v. Consejo, 30 de abril 1996 (58/94), el tribunal analiza el contenido del *Código de conducta*, adoptado de común acuerdo por el Consejo y la Comisión el 6 de diciembre de 1993, relativo al acceso al público a los documentos del Consejo y de la Comisión, con el fin de resolver si reconocerle o no como portador de tales efectos jurídicos, pronunciándose negativamente al respecto al considerar, en el fundamento 7, que constituía «la expresión de una mera coordinación voluntaria». Asunto T-194/94, Carvel y Guardian Ltd. c. Consejo. Poco después, la STJGE de 30 de abril de 1996 declaró inadmisibile un recurso de anulación contra el Código de conducta de 13 de diciembre de 1993.

¹⁶⁴ STJCE de 16 de junio de 1993, asunto 325/91, Francia c. Comisión.

- **20 de marzo 1997 (57/95)**¹⁶⁵ a propósito de una *comunicación* sobre un mercado interior de los fondos de pensiones¹⁶⁶.

Más adelante, en una importante sentencia, la ***Sentencia España c. Comisión, STJ de 6 de abril de 2000, Asunto C-443/97***, el Tribunal de Justicia negó la posibilidad de que pudiera surtir efectos obligatorios la aprobación por la Comisión de ciertas *orientaciones internas* relativas al control financiero por los Estados miembros de las operaciones cofinanciadas por los Fondos estructurales, en cuanto tales orientaciones sólo obligaban a la Comisión a aplicar correcciones financieras para suspender o anular las ayudas de los Fondos de conformidad con disposiciones del Reglamento aplicable a la materia. Únicamente tendrían carácter obligatorio los actos de aplicación de las orientaciones, ya que estas últimas son consideradas como simples actos preparatorios, al no generar ningún derecho ni obligación para terceros.

El Tribunal de Justicia declara así inadmisibile el recurso de anulación debido a que las referidas instrucciones internas solo relejaban la Regulación 4253/24 y por tanto no podían pretender producir efectos legales¹⁶⁷.

Más recientemente, en la ***Sentencia de 7 de octubre de 2014***¹⁶⁸, asunto C-399/12, sobre el concepto de actos que surten efectos jurídicos vía recurso de anulación, la República Federal de Alemania solicita que se anule la *Decisión* del Consejo de la Unión Europea, de 18 de junio de 2012, por la que se establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en lo que se refiere a determinadas resoluciones que deben ser objeto de votación en el ámbito de la Organización Internacional de la Viña y el Vino.

El criterio de los efectos de menor entidad con arreglo al Derecho internacional público de una decisión no vinculante, mencionado por el Consejo y la Comisión, es aún menos

¹⁶⁵ STJCE de 20 de marzo de 1997, asunto 57/95, Francia c. Comisión

¹⁶⁶ ALONSO GARCÍA, R.: “*El soft law comunitario... Óp. Cit.* Pág. 85

¹⁶⁷ STJCE de 6 de abril de 2000, asunto C-443/97, España c. Comisión.

¹⁶⁸ Véase la STJCE de 7 de octubre de 2014, Recurso de anulación — Acción exterior de la Unión Europea — Artículo 218 TFUE, apartado 9 — Determinación de la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en un organismo creado por un acuerdo internacional — Acuerdo internacional del que no es parte la Unión Europea — Organización Internacional de la Viña y el Vino (OIV) — Concepto de “actos que surten efectos jurídicos” — Recomendaciones de la OIV.

adecuado para determinar si es aplicable una base jurídica procesal. A este respecto, cabría señalar que, en los últimos años, la doctrina de las fuentes del Derecho internacional público tiende de modo creciente a incluir, bajo el concepto de «soft law», actos que, aunque jurídicamente no sean vinculantes, sí tienen cierta relevancia a través de remisiones, de su utilización para la interpretación de actos vinculantes o de su eficiencia de hecho¹⁶⁹.

Para ilustrar esta cierta relevancia en el presente asunto, es decir, en relación con las resoluciones de la OIV¹⁷⁰ objeto del litigio, el Consejo señaló acertadamente que estas resoluciones, en cuanto normas técnicas internacionales, están comprendidas en los artículos 2.4 y 2.5 del Acuerdo TBT¹⁷¹ de la Organización Mundial del Comercio.

Un Estado que adopte disposiciones técnicas conformes con dichas normas dispone de ventajas en el supuesto de que precisamente esas disposiciones técnicas sean impugnadas ante la Organización Mundial del Comercio como obstáculos al comercio. Existe la presunción *iuris tantum* de que las disposiciones técnicas internas que sean conformes con las normas internacionales pertinentes no crean ningún obstáculo innecesario al comercio internacional. Sin embargo, el abogado general¹⁷² asegura que la categoría del «soft law» no es una categoría de actos jurídicamente relevante, ni una categoría claramente delimitable. Por lo tanto, no es apta como criterio de aplicación de una base jurídica procesal.

Por consiguiente, el abogado general concluye que el artículo 218 TFUE, apartado 9, no constituye una base jurídica adecuada para la Decisión de que se trata en el presente asunto y que, por tanto, procede anular la Decisión impugnada.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia no lo entendió así, desestimó el recurso manifestando que:

¹⁶⁹ Véanse las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto Alemania/Consejo (C-399/12), punto 97.

¹⁷⁰ Organización Internacional de la Viña y el Vino

¹⁷¹ Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio «(Acuerdo TBT)», anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (DO 1994, L 366, p. 86), aprobado por el Consejo en la Decisión 94/800/CE, de 22 de diciembre de 1994 (DO L 336, p. 1)

¹⁷² Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto Alemania/Consejo (C 399/12), punto 98

«Ha de comprobarse si las recomendaciones que ha de adoptar la OIV, controvertidas en el presente asunto, constituyen «actos que surten efectos jurídicos» en el sentido de la referida disposición¹⁷³.

A este respecto, se desprende de los considerandos 5 a 7 de la Decisión impugnada, así como de su anexo, que las recomendaciones de la OIV que se someten a voto en la Asamblea General de dicha organización, indicadas en la referida resolución, se refieren a nuevas prácticas enológicas, a métodos de análisis que permiten determinar la composición de los productos del sector vitivinícola o a las especificaciones de pureza e identidad de las sustancias utilizadas para tales prácticas¹⁷⁴.

Las referidas recomendaciones pertenecen, por lo tanto, a los ámbitos identificados en el artículo 2, apartado 2, letra b), del Acuerdo OIV, extremo que, por lo demás, no discute ninguna de las partes del presente litigio»¹⁷⁵.

Finaliza exponiendo que de las consideraciones hechas en los apartados 57 a 63 de la presente sentencia se desprende que tales recomendaciones, particularmente debido a su incorporación al Derecho de la Unión en virtud de los artículos 120 septies, letra a), 120 octies y 158 bis, apartados 1 y 2, del Reglamento N° 1234/2007, así como del artículo 9, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento N° 606/2009, surten efectos jurídicos, en el sentido del artículo 218 TFUE, apartado 9, en el referido ámbito y que la Unión, pese a no ser parte del Acuerdo OIV, está facultada para determinar una posición que ha de adoptarse en su nombre en lo referente a dichas recomendaciones, habida cuenta de la incidencia directa que tienen sobre el acervo de la Unión en dicho ámbito¹⁷⁶.

¹⁷³ FJ 57

¹⁷⁴ FJ 58

¹⁷⁵ FJ 59

¹⁷⁶ FJ 64

4.2 Impugnación de Derecho suave por la vía de la cuestión prejudicial

4.2. 1. Impugnación del Derecho suave vía cuestión prejudicial de validez antes de la sentencia del 13 de diciembre de 1989, asunto Grimaldi.

Tiempo antes de la sentencia en el asunto Grimaldi¹⁷⁷, ya en 1976 y 1977, respectivamente, el Tribunal de Justicia, en la *Sentencia freccasetti contra Amministrazione delle finanze dello Stato*, 113/75, de 15 de junio de 1976, y *Sentencia Van Ameyde contra UCI*, 90/76, de 9 de junio de 1977, se había pronunciado en el marco de cuestiones prejudiciales formuladas con arreglo al artículo 177, respecto a instrumentos de Derecho suave, en ambas sentencias, en cuanto a la interpretación de *recomendaciones* adoptadas con arreglo al Tratado CEE, comprobando con esto que el Tribunal de Justicia ha fallado, vía cuestión prejudicial de validez, la interpretación del Derecho suave *sin dudar en modo alguno de su competencia en la materia*¹⁷⁸.

4.2.2. El Asunto Grimaldi y su importancia respecto a la declaración por el Tribunal de Justicia de los efectos jurídicos del Derecho suave

Según ALONSO GARCÍA¹⁷⁹, la utilización del *soft law* como parámetro de interpretación fue asumida por el Tribunal de Justicia en *Grimaldi* en el año 1989: negada la obligación de aplicar directamente una *recomendación* como consecuencia de su naturaleza no vinculante, el Tribunal sostuvo que ello no podía conducir a considerar las recomendaciones como carentes en absoluto de efectos jurídicos, afirmando a continuación que los tribunales nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de las disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o

¹⁷⁷ STJ de fecha 13 de diciembre de 1989, Asunto C-322/88.

¹⁷⁸ En cuanto el Tribunal de Justicia deseara, en esta ocasión, afirmar explícitamente su competencia, me permito, simplemente, remitirme al conjunto de argumentos expuestos por el Abogado General Sr. Warner en sus conclusiones formuladas el 26 de mayo de 1976 en el primero de tales asuntos (Rec. 1976, pp. 994 a 996)

¹⁷⁹ ALONSO GARCÍA, R: “*El soft law comunitario*”. *Óp. Cit.* Pág. 81

también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante¹⁸⁰.

Se trata de una decisión prejudicial acerca de la interpretación de la Recomendación dirigida por la Comisión a los Estados miembros el 23 de julio de 1962, relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales, y de la Recomendación 66/462 de la Comisión, de 20 de julio de 1966, relativa a las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales, a la luz de lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 189 del Tratado CEE.

Esta cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. Salvatore Grimaldi, trabajador emigrante de nacionalidad italiana, y el Fonds des maladies professionnelles de Bruselas (en lo sucesivo «el Fondo») a causa de haber denegado éste el reconocimiento de la enfermedad profesional llamada Dupuytren, que afecta al interesado¹⁸¹.

El señor Grimaldi trabajó en Bélgica de 1953 a 1980 con fecha 17 de mayo de 1983, solicitó al Fondo que reconociera como enfermedad profesional la dolencia a que antes se hizo referencia, que consiste en una afección osteoarticular o angioneurótica de las manos, provocada por las vibraciones mecánicas debidas a la utilización de un martillo-picador. El Fondo adoptó la decisión controvertida por el motivo de que la citada enfermedad no figuraba en la lista belga de enfermedades profesionales¹⁸².

El dictamen pericial apreció la existencia de una enfermedad llamada Dupuytren que no se hallaba incluida en la lista belga de enfermedades profesionales, pero que puede asimilarse a una enfermedad por fatiga que figura en el punto F.6 b) de la lista europea de enfermedades profesionales... Además, se planteó la cuestión de saber si puede admitirse

¹⁸⁰ FJ 18: *Sin embargo, con el fin de dar una respuesta completa a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, conviene subrayar que los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos. Efectivamente, los Jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante.*

¹⁸¹ FJ 2

¹⁸² FJ 3

que el Sr. Grimaldi acredite el origen profesional de una enfermedad no incluida en la lista nacional, al objeto de obtener una indemnización, con arreglo al sistema mixto de reparación previsto por la Recomendación 66/462 de la Comisión, de 20 de julio de 1966, relativa a la indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales¹⁸³.

En la medida en que la cuestión prejudicial versa sobre la interpretación de recomendaciones, que, a tenor del párrafo 5 del artículo 189 del Tratado CEE, carecen de efecto vinculante, conviene preguntarse si, a la vista del artículo 177 del propio Tratado, el Tribunal de Justicia es competente para resolver la misma. A este respecto, basta con declarar que, *a diferencia del artículo 173 del Tratado CEE, que excluye el control del Tribunal de Justicia sobre aquellos actos cuya naturaleza jurídica sea la de una recomendación, el artículo 177 atribuye al Tribunal de Justicia competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad sin excepción alguna*¹⁸⁴.

En palabras del abogado general Jean Mischo¹⁸⁵ en el Asunto Grimaldi:

Es cierto que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, no es la calificación del acto lo que importa sino su contenido y su alcance. ¿Impone ésta consideración el examen de la verdadera naturaleza de las disposiciones de una recomendación y, más en particular, de aquellas a las que se refiere el órgano jurisdiccional remitente?

No lo creo. Claro está que es preciso verificar si el acto, con independencia de su denominación, no hace otra cosa que recomendar a sus destinatarios la actuación de una determinada forma. Pero no creo que se imponga llevar más lejos este análisis. Efectivamente, por claras, incondicionales, precisas e inequívocas (para emplear los términos que utiliza el órgano jurisdiccional remitente) que puedan ser las disposiciones materiales de una recomendación, ésta, por definición, no impone ninguna obligación en cuanto al resultado que alcanzar. Los Estados miembros a los que va dirigida no sólo tienen libertad para elegir la forma y los medios para incorporarla al Derecho nacional, lo que pueden hacer en el caso de las directivas, sino que tienen plena libertad para incorporarla o no. Por la misma razón, resulta indiferente examinar si las

¹⁸³ FJ 4

¹⁸⁴ FJ 7 y FJ 8

¹⁸⁵ Conclusiones del abogado general Jean Mischo en el Asunto Grimaldi (C-322/88), presentadas el 10 de octubre de 1989.

disposiciones de una recomendación permiten o no a los Estados miembros cierta apreciación discrecional en cuanto a su adaptación al Derecho nacional, o bien les permiten condicionar o restringir la aplicación.

Por consiguiente, en el caso de autos, no cabe duda de que nos hallamos ante verdaderas recomendaciones [...] se deduce de todo lo anterior que una recomendación no puede tener «efecto directo» [...] A nuestro juicio, el hecho de que las directivas vinculen a los Estados miembros, mientras que las recomendaciones no sean vinculantes no constituye una diferencia importante»

En definitiva, el Tribunal de Justicia se plantea si una Recomendación puede tener efectos jurídicos en el Derecho interno, en el sentido de que si a falta de toda medida nacional aplicable, una recomendación puede crear derechos que los particulares pueden ejercer ante el juez nacional. Teniendo en cuenta, que, a tenor del Tratado, las recomendaciones no tienen fuerza vinculante.

No se pone en duda el carácter de Recomendaciones de los actos puestos a consideración del Tribunal, son actos que, *incluso frente a sus destinatarios, no pretender producir efectos obligatorios. Por consiguiente, no pueden crear derechos que los particulares puedan invocar ante el Juez nacional*¹⁸⁶.

Continúa diciendo el TJ: «[...] *sin embargo, con el fin de dar una respuesta completa a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, conviene subrayar que los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos. Efectivamente, los Jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el*

¹⁸⁶ FJ 16. En este sentido, SENDEN destaca “...in my opinion, it is more appropriate to situate the scope of the ‘Grimaldi obligation’ somewhere between the two extremes of a voluntary or permissive interpretation aid on the one hand, and a duty of consistent interpretation on the other. That is to say, recommendations should be considered a mandatory interpretation aid for national courts, which means that they are under an obligation to take them into account whenever they can help to clarify the meaning of Community or national (implementing) law. As such, national courts are obliged to include Community soft law as a relevant element in the effort to interpret and apply Community or national (implementing) provision al issue. Yet, this effort does not extend to ensuring observance as far as possible of the soft law rules, possibly to the detriment of – the usual meaning and interpretation of- Community or national hard law”. SENDEN, L: “Soft Law in European Community Law. Op. Cit. Pág. 391.

*fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante*¹⁸⁷.

Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada por el Tribunal dutravail de Bruselas en el sentido que, a la luz del párrafo 5 del artículo 189 del Tratado CEE, las Recomendaciones de la Comisión de 23 de julio de 1962, relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales, y 66/462, de 20 de julio de 1966, relativa a las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesiones, *no pueden, por sí mismas, crear derechos a favor de los justiciables que éstos puedan ejercitar ante los Jueces nacionales. Sin embargo, estos últimos están obligados a tener en cuenta las recomendaciones al resolver los litigios de que conocen, en especial cuando pueden aclarar la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias*¹⁸⁸.

El Tribunal de Justicia en Grimaldi, admite no sólo la ausencia de efectos vinculantes no implica *per se* ausencia de efectos jurídicos, sino también que la exclusión del recurso de anulación para impugnar actos no vinculantes no conllevaba la exclusión de su posible impugnación vía indirecta, en particular vía prejudicial de validez.

Pero incluso en el marco de la impugnación directa, expresa RICARDO ALONSO¹⁸⁹, cabría plantearse si la restricción que rodea la activación del recurso de anulación *ex* artículo 263 TFUE referida expresamente a las «recomendaciones» y los «dictámenes», no deberían ser objeto de una lectura a su vez restrictiva, permitiendo la impugnación de instrumentos no vinculantes, pero portadores de efectos jurídicos distintos de las recomendaciones y los dictámenes, especialmente en lo concerniente a los instrumentos de naturaleza interpretativa.

En la sentencia *Grimaldi* el Tribunal de Justicia abordó una Recomendación de la Comisión, sin referencia a otras disposiciones normativas también aplicables, a diferencia

¹⁸⁷ Párrafo 18

¹⁸⁸ Párrafo 19

¹⁸⁹ ALONSO GARCÍA, R.: “Sistema jurídico de la Unión Europea... *Óp. Cit.* pág. 168-169.

de algunos casos anteriores¹⁹⁰. Pese a las opiniones de una parte de la doctrina¹⁹¹, no hay ningún inconveniente serio para extender esta jurisprudencia a otras variantes del Derecho suave como las directrices¹⁹².

En igual sentido, respecto al alcance de una comunicación bancaria, el abogado general Sr Nils Wahl, conclusiones de fecha 18 de febrero de 2016 en el asunto C-526/14¹⁹³, manifiesta que: “los actos de «soft law» (como la Comunicación bancaria) aunque no sean vinculantes para los particulares, pueden surtir otro tipo de efectos jurídicos. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia ha respondido en numerosas ocasiones a cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales sobre disposiciones contenidas en actos de «soft law».

¹⁹⁰ Como los contemplados en sentencias de 15 de junio de 1976, Frecassetti (113/75, Rec. p. 983); y de 9 de junio de 1977, Van Ameyde.

¹⁹¹ SENDEN, L.: *Soft law in European Community Law...* Op. Cit. Pág. 391

¹⁹² En el asunto C-415/07, existen dudas sobre la interpretación exacta de la normativa comunitaria al respecto, por lo que el Tribunale ordinario di Nocera Inferiore decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: «¿Procede interpretar la normativa comunitaria contenida en las **Directrices sobre ayudas al empleo**, en las **Directrices sobre ayudas de Estado de finalidad regional**, y en el Reglamento [...] n° 2204/2002 [...], en el sentido de que, para comprobar si se ha producido un incremento de los puestos de trabajo, debe compararse la UTA media del año anterior a la contratación con la UTA media del año siguiente a la contratación? ¿O procede interpretarla en el sentido de que se debe, o únicamente se puede, efectuar la comparación entre la UTA media del año anterior a la contratación y el dato concreto de la mano de obra que operaba en la empresa en la fecha de la contratación?».

Considerandos 21 y 22 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de abril de 2009, «Ayudas de Estado al empleo – Directrices sobre ayudas al empleo – Directrices sobre ayudas de Estado de finalidad regional – Reglamento (CE) n° 2204/2002 – Concepto de “creación de empleo” – Cálculo del aumento del número de puestos de trabajo». En el asunto C-415/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale ordinario di Nocera Inferiore (Italia), mediante resolución de 20 de julio de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de septiembre de 2007, en el procedimiento entre Lodato Gennaro & C. SpA e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS).

¹⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de julio de 2016 [Texto rectificado mediante auto de 30 de septiembre de 2016] «Procedimiento prejudicial — Validez e interpretación de la Comunicación bancaria de la Comisión — Interpretación de las Directivas 2001/24/CE y 2012/30/UE — Ayudas de Estado a los bancos en el contexto de la crisis financiera — Reparto de las cargas — Cancelación de las acciones de los socios, de los instrumentos híbridos y de los instrumentos de deuda subordinada — Principio de protección de la confianza legítima — Derecho de propiedad — Protección de los intereses de los socios y de los terceros — Saneamiento y liquidación de las entidades de crédito». En el asunto C-526/14

4.2.3. Impugnación del Derecho suave vía cuestión prejudicial de validez tras la sentencia del 13 de diciembre de 1989, asunto Grimaldi.

Más tarde, en el *Asunto Lodato & C. (C-415/07)*, con carácter preliminar, el TJ procede a señalar que las decisiones de la Comisión que autorizan los sistemas de ayudas controvertidos en el asunto principal se remiten tanto a las Directrices sobre ayudas al empleo como a las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional, pero no al Reglamento N° 2204/2002, por ser su adopción posterior a la de dichas decisiones. De ello se desprende que no procede interpretar el Reglamento en el presente asunto, lo cual hace de la citada sentencia un importante fallo respecto a la confirmación por parte del Tribunal de Justicia de su competencia para interpretar por vía prejudicial los actos de Derecho suave, ya que la cuestión prejudicial realmente sólo tiene por objeto la interpretación de dichas Directrices.

Así lo manifiesta también el abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones, aduciendo que tales actos no carecen de consecuencias jurídicas, por lo que los jueces nacionales han de «tenerlos en cuenta» a la hora de resolver los litigios de que conozcan, sobre todo cuando ilustran acerca de las reglas de su Estado aprobadas para desarrollarlas o cuando completan normas comunitarias dotadas de fuerza vinculante¹⁹⁴.

En la sentencia Grimaldi el Tribunal de Justicia confirmó su competencia para interpretar, en vía prejudicial, actos de *soft law* adoptados con arreglo al Tratado, aduciendo que tales actos no carecen de consecuencias jurídicas, por lo que los jueces nacionales han de «tenerlos en cuenta» a la hora de resolver los litigios de que conozcan, sobre todo cuando ilustran acerca de las reglas de su Estado aprobadas para desarrollarlas o cuando completan normas comunitarias dotadas de fuerza vinculante¹⁹⁵

¹⁹⁴ Véanse las conclusiones del abogado general Campos Sánchez-Bordona en el asunto James Elliott Construction Limited contra Irish Asphalt Limited (Asunto C-613/14), punto 47.

¹⁹⁵ Véanse las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Lodato & C. (C-415/07), punto 34.

En la *Sentencia de 15 de octubre de 2009*¹⁹⁶, *Asunto C-196/08*, la petición de decisión prejudicial remitida por el Tribunale Amministrativo Regionale (Tribunal administrativo regional) de Sicilia brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de analizar el régimen jurídico de los mecanismos de colaboración público-privada, en el ámbito de la gestión de los servicios públicos, y su compatibilidad con los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE.

En sus conclusiones planteadas en el Asunto C-196/08, el abogado general sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer al mencionar la impronta de marcar las pautas exegéticas para acomodar estas prácticas a los principios del Tratado, lo que atiende la Comunicación interpretativa de la Comisión, de 5 de febrero de 2008, relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones a la colaboración público-privada, utilizando el pensamiento de ALONSO GARCIA al ubicar entre las virtudes de estas herramientas del artículo 288 TFUE la de proporcionar a las administraciones y a los operadores privados un marco presidido por la claridad y la coherencia, para encarrilar su comportamiento en un sentido compatible con el derecho comunitario.

En la presente sentencia, el TJ declara: *“los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones”*

Respecto a la cuestión prejudicial y las consecuencias del caso Grimaldi, más recientemente y como argumento de cierre, en opinión del Abogado general del *Asunto*

¹⁹⁶ «Artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE – Contratación pública – Adjudicación del servicio de aguas a una sociedad de economía mixta – Procedimiento de concurso – Designación del socio privado encargado de la explotación del servicio – Adjudicación al margen de las normas de contratación pública».

C-613/14¹⁹⁷, la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar este tipo de normas técnicas se impone, al advertir la flexibilidad de que ha hecho gala dando respuesta a cuestiones prejudiciales sobre distintos actos productores de efectos jurídicos, diferentes de los reglamentos, directivas y decisiones. En la sentencia Grimaldi, por ejemplo, ante una recomendación adoptada con arreglo al Tratado CEE, señaló que «el artículo 177 atribuye al Tribunal de Justicia competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad sin excepción alguna».

El mismo enfoque flexible del Tribunal de Justicia se ha aplicado recientemente en el asunto Gauweiler y otros, al responder por vía prejudicial a las dudas del Tribunal Constitucional alemán sobre el programa OMT («Outright Monetary Transactions», operaciones monetarias de compraventa), que era un acto de rasgos atípicos.

4.3. La anterior referencia a la denominación “regla de conducta indicativa” y la actual alusión a la denominación “normas de conducta de carácter general”.

En la *Sentencia de 30 de enero de 1974. As. 81/72, Louwage c. Comisión*, el TJ consideró que la Comisión quedaba vinculada por una “directiva interna” sobre remuneraciones al personal, ya que:

«Si bien tal directiva interna no podría ser calificada como regla de derecho a cuya observancia quedara obligada la administración en todo caso, sí enuncia, sin embargo, una regla de conducta indicativa de la práctica a seguir, de la cual la administración no se puede separar sin explicar las razones que la han llevado a ello, so pena de infringir los principios de igualdad de trato».

En la *Sentencia de 28 de junio de 2005, Asunto Dansk Rörindustri*, El TJ definió a las Directrices para el cálculo de multas por infracción a las disposiciones del Tratado de la CECA (“TCECA”) relativas a la libre concurrencia el carácter de “acto de carácter general cuya ilegalidad pueden invocar los funcionarios y agentes afectados en apoyo de un recurso interpuesto contra decisiones individuales adoptadas con arreglo a la misma”. El TJ precisó en esta sentencia que: «*al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su*

¹⁹⁷ El desarrollaremos más adelante

publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ella, la institución en cuestión se auto limita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima»¹⁹⁸. (Punto 211).

Esto le llevó a concluir que cabe que *“bajo ciertos requisitos y en función de su contenido, dichas reglas de conducta de carácter general puedan producir efectos jurídicos”*.

En la Sentencia del Tribunal General, Sentencia Telefónica, SA, Telefónica de España, SAU c. Comisión Europea de fecha 29 de marzo de 2012 en el Asunto T- 336/07, apartado 375, el Tribunal General de la Unión Europea hace el siguiente pronunciamiento: *«si bien las Directrices de 1998 no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observación está obligada en cualquier caso la Administración, establecen, no obstante, una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse en un determinado asunto sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato»¹⁹⁹.*

Dice MEDINA ORTEGA²⁰⁰ que la sentencia Telefónica no es realmente innovadora ya que se limita a recoger jurisprudencia anterior ya establecida, pero considera que la expresión «reglas indicativas de conducta» es más precisa que otras que se vienen utilizando en cuanto separa a este tipo de actos de las normas jurídicas de carácter general, que son las que constituyen propiamente el Derecho de la UE”

Las Directrices de 1998 mencionadas en la sentencia Telefónica constituyen una decisión, es decir, un acto de la Comisión que no es una recomendación ni un dictamen pero que está destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros, por lo que cabe recurrir contra ella

¹⁹⁸ MEDINA ORTEGA, M.: “Reglas indicativas de conducta... Óp. Cit. Pág. 446

¹⁹⁹ En el mismo sentido véase la Sentencia *Le Carbone Lorraine* –puntos 70 y 71-

²⁰⁰ MEDINA ORTEGA, M.: “Reglas indicativas de conducta... Óp. Cit. Pág. 440

por la vía jurisdiccional europea. Al no designar destinatarios específicos, cabe decir que se trata de un acto regulatorio que produce efectos generales, a la manera de una ley.

El punto 376 de la sentencia *Telefónica* aclara que “al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los supuestos contemplados en ellas, la Comisión se auto limita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima”. En el punto 375 también se hace referencia al principio de igualdad de trato, abriendo, sin embargo, la posibilidad de que la Comisión se aparte de la práctica que establecen las Directrices si da “razones” que sean compatibles con ese principio. Mediante una motivación adecuada, la Comisión puede apartarse, así, de estas reglas indicativas, que no tienen el carácter vinculante de que gozan los textos normativos previstos por los Tratados. No cabe, en cambio, aducir razón alguna para dejar de aplicar este último tipo de actos, es decir, los reglamentos y las directivas procedentes de las instancias legislativas de la UE, por tratarse de actos normativos de carácter obligatorio²⁰¹.

En el mismo sentido, el asunto C -27/04, Comisión c. Consejo, el Abogado General A. Tizzano había manifestado en sus conclusiones, señalando que “*una medida atípica, como son las conclusiones de que se trata, puede ser considerada un acto impugnabile, siempre que produzcan efectos jurídicos*”²⁰².

La perspectiva del efecto interpretativo del acto atípico aparece en la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de 19 de octubre de 1995, en la que el Código de conducta de 13 de diciembre de 1993 relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la

²⁰¹ MEDINA ORTEGA, M.: “Reglas indicativas de conducta... *Óp. Cit.* Pág. 445... La argumentación del TG en el asunto *Telefónica* no es nueva. Se apoya en una jurisprudencia anterior consolidada y consistente. El propio TGUE cita en su decisión dos sentencias previas significativas, una de su antecesor, el Tribunal de Primera Instancia, en el asunto *Le Carbone Lorraine*, y otra del TJ, en el asunto *Dansk Rörindustri*. Esto le llevó a concluir que cabe que “*bajo ciertos requisitos y en función de su contenido, dichas reglas de conducta de carácter general puedan producir efectos jurídicos*”.

²⁰² Párrafo 61 de las Conclusiones del Abogado General

Comisión fue utilizado para interpretar la Decisión del Consejo 93/731 que define las modalidades de acceso a los documentos internos de la institución.

Resulta significativo mencionar también las disposiciones de la **Sentencia del TJ de 10 de mayo de 2012. Comisión c. República de Estonia, As. C-39/10**, en donde la pretensión se basa en la recomendación 94/79/CE²⁰³ en donde una persona de nacionalidad estonia residente en Finlandia, presentó a la Comisión una denuncia relativa a la liquidación del impuesto sobre la renta que se aplica en Estonia a la pensión de jubilación que le paga ese Estado miembro. La denunciante discrepaba de la negativa de las autoridades estonias a aplicarle la reducción en la base imponible y la reducción suplementaria que la Ley del impuesto prevé para los contribuyentes residentes en Estonia.

De la investigación de la Comisión resulta que la denunciante, tras cumplir la edad de la jubilación en Estonia, se instaló en Finlandia, donde trabajó y adquirió derecho a una pensión. La denunciante percibe así pues dos pensiones de jubilación, en Estonia y en Finlandia, de cuantía casi idéntica. La pensión percibida en Estonia está sujeta al impuesto sobre la renta, mientras que, en Finlandia, en razón de la cuantía muy baja de su renta global, la denunciante no está sujeta al impuesto. El importe acumulado de ambas pensiones sólo superaba en escasa cuantía el umbral de la reducción prevista en el artículo 23 de la Ley del impuesto.

Según la República de Estonia, al interponer este recurso la Comisión no se ajustó a la Recomendación 94/79, en la que había manifestado que la igualdad de trato de residentes y

Según los considerandos tercero, cuarto y sexto de la Recomendación 94/79/CE de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen (DO 1994, L 39, p. 22):

a) «[...]deben emprenderse nuevas iniciativas para que la libre circulación de personas quede plenamente garantizada con vistas al correcto funcionamiento del mercado interior y [...] resulta necesario poner en conocimiento de los Estados miembros las disposiciones que, a juicio de la Comisión, pueden garantizar que los no residentes se benefician de un trato fiscal tan favorable como el de los residentes;

b) [...] esta iniciativa no es óbice para que la Comisión prosiga su política activa en materia de procedimientos de infracción con objeto de garantizar el respeto de los principios fundamentales del Tratado [CE];

c) [...]

d) [...] el principio de la igualdad de trato que se deriva del artículo [45 TFUE], así como del artículo [49 TFUE] exige que no se prive a las personas que obtengan dichas rentas de las ventajas y deducciones fiscales de las que gozan los residentes, cuando la parte preponderante de sus rentas se obtenga en el país en donde desarrollan su actividad».

no residentes es exigible únicamente si el no residente obtiene durante el ejercicio fiscal de que se trata al menos el 75 % de su renta en el Estado miembro que la grava.

Y lo que resulta más importante a los efectos del estudio del Derecho suave, es la respuesta del Tribunal de Justicia en el punto 46, en donde manifiesta que:

«En lo que se refiere a la argumentación de la demandada sobre la Recomendación 94/79, la Comisión afirma que ese acto no es obligatorio. No puede tener como objeto completar las reglas del Derecho primario sobre la libre circulación de personas y en cualquier caso no limita la facultad de apreciación de la Comisión. Esa Recomendación sólo propone la adopción de medidas nacionales para la aplicación del Derecho de la Unión, sin extenderse a la cuestión de la correcta ejecución de las obligaciones derivadas de los Tratados. Por otro lado, dado que esa Recomendación se adoptó antes de pronunciarse la sentencia Schumacker, antes citada, ha perdido incluso su razón de ser».

En el punto 63 remarca que

«es preciso recordar que en virtud del artículo 288 TFUE, último párrafo, las recomendaciones figuran entre los actos no vinculantes de las instituciones de la Unión. Por otro lado, como ha recordado el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, el procedimiento por incumplimiento se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le impone el Derecho de la Unión, por lo que la República de Estonia no puede invocar el principio de respeto de la confianza legítima para oponerse a la declaración objetiva del incumplimiento por su parte de las obligaciones que le impone el Tratado (véase en ese sentido la sentencia de 6 de octubre de 2009, Comisión/España, C-562/07, Rec. p. I-9553, apartado 18)». «Siendo así, la Recomendación 94/79 no constituye un obstáculo para la declaración del incumplimiento de las obligaciones del artículo 45 TFUE. Por tanto, no ha lugar a que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la cuestión de si, mediante su intervención, el Reino de España y la República Portuguesa podían aducir fundadamente contra el recurso de la Comisión una excepción de inadmisibilidad basada en la adopción de esa Recomendación»²⁰⁴

El hecho de que los poderes del TJ impliquen no solo la aplicación del Derecho de la Unión en el caso particular sino también la interpretación del Derecho en general, por consiguiente, asegura la interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea, demostrando que el Tribunal de Justicia tiene un importante rol constitucional. En este

²⁰⁴ Apartado 65.

sentido, se puede también afirmar que no solo el legislador de la Unión sino también el Tribunal de Justicia tiene poder de crear Derecho²⁰⁵.

Sin embargo, veremos a continuación, cómo los Tribunales europeos han paulatinamente reconocido al Derecho suave el status de norma y no de simple regla indicativa.

En este sentido, el Tribunal General en su *sentencia de 2 de junio de 2016*²⁰⁶, en su apartado 425 alude a un instrumento de Derecho suave como “**normas de conducta de carácter general**” en los siguientes términos: « [...] en el presente caso, las demandantes debían tener en cuenta la posibilidad de que la Comisión decidiera en cualquier momento aumentar la cuantía de las multas con respecto a su práctica anterior. Lo anterior no se aplica únicamente cuando la Comisión aumente el importe de las multas en casos particulares, sino también cuando dicho aumento sea consecuencia de la aplicación de **normas de conducta de carácter general como las Directrices** (véase la sentencia de 18 de mayo de 2006, *Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión*, C-397/03 P, EU:C:2006:328, apartados 23 y 24 y jurisprudencia citada)»

De igual forma, el Tribunal General hace alusión a la denominación «normas indicativas de apreciación» en su *Sentencia de 28 de junio de 2016, asunto T- 216/13, asunto Telefónica SA contra Comisión*, al referirse a normas de Derecho suave.

Finalmente, el Tribunal de Justicia en su sentencia *Schindler Holding y otros contra Comisión de fecha 18 de julio de 2013*²⁰⁷ dispone en los siguiente términos: « [...]el ejercicio de esa facultad de apreciación está limitado también por las **normas de conducta** que la propia Comisión se impuso en la Comunicación sobre la cooperación de 2002 y en las directrices de 1998»

²⁰⁵ SENDEN, L: “*Soft Law... Op. Cit.* Pág. 363.

²⁰⁶ Asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12.

²⁰⁷ C- 501/11 P. Apartados 58, 67 a 69

5. La relevancia del Asunto Gauweiler

La sentencia del TJ, *asunto C-526/14* es la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Federal alemán y se plantea respecto a los efectos jurídicos de un instrumento de Derecho suave.

El hecho de que el Tribunal Constitucional Federal alemán planteara la cuestión prejudicial en el asunto Gauweiler, la primera en su historia, confirma la relevancia del Derecho suave y la importancia del estudio de los instrumentos de Derecho suave dentro del sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea.

En el asunto C-526/14, habida cuenta de que la Unión es competente en exclusiva en el ámbito de las ayudas de Estado, de conformidad con el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra b), y dado que la Comisión, conforme al artículo 108 TFU, es competente para resolver sobre las ayudas de Estado, por tanto se plantea la siguiente cuestión: *¿debe interpretarse la Comunicación bancaria, en relación con los efectos jurídicos que se derivan de ella, en el sentido de que resulta vinculante para los Estados miembros que tienen la intención de poner remedio a una grave alteración de la economía mediante una ayuda de Estado a favor de entidades de crédito, cuando dicha ayuda tiene carácter permanente y no puede ser revocada fácilmente?*²⁰⁸.

Con su primera cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta en sustancia si la Comunicación bancaria debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto obligatorio para los Estados miembros.

Respecto a la revisión judicial del Derecho suave por el Tribunal de Justicia, la sentencia *Gauweiler* (Asunto C-62/14) y las conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de enero de 2015²⁰⁹, merecen especial mención.

²⁰⁸ Sentencia del TJ, asunto C-526/14, apartado 30. El Gobierno esloveno y la Comisión manifiestan dudas sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales segunda a quinta, referidas a la validez de los puntos 40 a 46 de la Comunicación bancaria, dado que esa Comunicación no produce directamente efectos jurídicos frente a terceros

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, Peter Gauweiler y otros contra Deutscher undestag Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverfassungsgericht Procedimiento

El 16 de junio de 2015 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia fundamental para la Unión Económica y Monetaria, y, asimismo, para el sistema judicial europeo (asunto C-62/14, Gauweiler y otros).

Recordemos, junto con FERNANDEZ ROZAS²¹⁰, que la consecución de una moneda única en el sistema europeo precisaba la creación de un BCE que tuviese como misión la elaboración de una política monetaria común y que asegurase la estabilidad de los precios en toda el área. El BCE, al igual que los bancos centrales de los países de la UE, se concibió como políticamente independiente, tanto del gobierno nacional como de la UE». Dicho autor resalta que el BCE mantiene un firme compromiso con el proceso de integración financiera europeo con el objetivo de salvaguardar la estabilidad de los precios, aunque también tiene otras funciones que incluyen garantizar el buen funcionamiento del sistema de pagos, administrar las reservas de divisas de los países miembros depositadas en él y colaborar con las autoridades competentes de cada país en las funciones de supervisión bancaria, también se encarga de la emisión de billetes de euro.

En el caso en cuestión, por primera vez en su historia, el Tribunal Constitucional alemán hizo uso del mecanismo de cooperación judicial europeo por excelencia, la cuestión prejudicial, para cuestionar nada menos que el programa del Banco Central Europeo que había permitido estabilizar los mercados (y a la zona euro en su conjunto) durante el verano de 2012. En opinión de no pocos economistas, dicho programa es uno de los factores que ha permitido a la zona euro mantener cierta estabilidad hasta la fecha²¹¹.

prejudicial- Política económica y monetaria -Decisiones del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (BCE) sobre ciertas características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa de títulos por parte del Eurosistema en los mercados secundarios de deuda soberana - Artículos 119 TFUE y 127 TFUE - Atribuciones del BCE y del Sistema Europeo de Bancos Centrales -Mecanismo de transmisión de la política monetaria- Mantenimiento de la estabilidad de precios -Proporcionalidad - Artículo 123 TFUE - Prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros de la zona euro.

²¹⁰ FERNANDEZ ROZAS, J. C.: *Sistema de Derecho económico internacional*. Óp. Cit. Pág. 247 y 348.

²¹¹ Véase los trabajos de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. “*La sentencia Gauwailer (c-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo*”. Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Número 41. Año 2015. Pág. 101-105 y SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. “*La sentencia Gauwailer (c-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo*”. Civitas. Revista española de derecho europeo, ISSN 1579-6302, Nº. 57, 2016, págs. 63-67.

La cuestión que nos interesa analizar en la sentencia se da en torno a la naturaleza jurídica del programa OMT²¹² en tanto acto revisable en el marco de un procedimiento prejudicial de validez.

La cuestión no es baladí, porque afecta a un número muy significativo de actos del BCE fácilmente calificables como de Derecho suave, pero con efectos muy considerables en el tráfico jurídico²¹³.

Según el abogado general PEDRO CRUZ VILLALÓN: la exigencia de concurrencia de carácter vinculante y capacidad de producir efectos para la impugnabilidad de los actos de la Unión, se aprecian de forma diferente en función del destinatario directo del acto impugnado. En ese sentido, expresa que:

«[...] la jurisprudencia se muestra más flexible en la aplicación de los dos requisitos cuando el acto impugnado constituye una medida de diseño de un programa general de actuación, dirigido a vincular a la propia autoridad autora de la decisión, que cuando el acto contiene una medida con efectos constitutivos en las relaciones jurídicas con terceros. La razón estriba en que los programas generales de actuación de un poder público pueden manifestarse de formas atípicas y, aun así, disponen de capacidad para influir muy directamente en la situación jurídica de los particulares. Por el contrario, las medidas cuyos destinatarios directos son particulares deben reunir determinadas condiciones de forma y fondo, so pena de ser consideradas inexistentes. (apartado 75)

Un programa general de actuación, como el aquí cuestionado, podrá expresarse mediante técnicas atípicas, podrá tener como destinatario a la propia autoridad autora del acto, podrá ser formalmente inexistente desde el exterior, pero el hecho de que tenga la capacidad de influir decisivamente en la situación jurídica de terceros justifica que su tratamiento como «acto» se aborde con un enfoque anti formalista. De lo contrario se corre el riesgo de que una institución desvirtúe el sistema de actos y sus correspondientes garantías jurisdiccionales, disfrazando actos con vocación hacia el exterior como programas generales. (apartado 76)

²¹² Programa de Operaciones Monetarias de Compraventa

²¹³ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D “La sentencia Gauwailer (c-62/14)... Op. Cit. Pág. 103 y siguientes. De hecho, el programa OMT solo se conoce a través de un comunicado de prensa publicado en la página web del BCE y únicamente en inglés. Es más: hasta la fecha no se ha hecho uso de él. Se trata de una típica medida de comunicación pública desempeñada por un banco central, dirigida a condicionar el funcionamiento de los mercados, pero dentro de los objetivos perseguidos por la institución en el ejercicio de su política monetaria.

La sentencia Comisión/Consejo («AETR»), dictada en 1971, constituye un punto de partida importante, pues en ella se discutía, entre otras cosas, la condición de acto de una deliberación del Consejo relativa a la negociación y a la conclusión, por los Estados miembros, de un acuerdo internacional. En opinión del Consejo, dicha deliberación no constituía, ni por su forma ni por su objeto o contenido un acto impugnabile, sino un acuerdo político entre Estados miembros en el marco del Consejo, sin ningún propósito de crear un derecho, imponer una obligación o modificar una situación jurídica. (apartado 78)

*Al analizar los argumentos del Consejo, el Tribunal de Justicia declaró que deben ser susceptibles de control jurisdiccional «todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos». Tras examinar el acuerdo impugnado, el Tribunal de Justicia destacó principalmente dos características: primera, **que el acuerdo no era la expresión de una coordinación voluntaria, sino el reflejo de una línea de conducta obligatoria**; y segunda, que lo adoptado en dicho acuerdo podía constituir un supuesto de «excepciones a los procedimientos previstos por el Tratado». (apartado 79)*

La sentencia suscita un interesante interrogante procesal, pues el TJ admitió la cuestión prejudicial de interpretación, sin declarar abiertamente que la cuestión prejudicial de validez careciese de objeto. Sin embargo, existían serias dudas de que el programa OMT pudiese considerarse un acto susceptible de revisión.

El hecho de que el TJ aceptara enjuiciar dicho programa por la vía de la cuestión prejudicial de interpretación, confirmaría la existencia de un cauce nuevo de revisión de actos provisionales de la Unión a través del artículo 267.1 TFUE.

En cierta medida, el TJ estaría abriendo la puerta a una vía de revisión de los de la Unión similar a la ya existente para los actos de los Estados miembros: las cuestiones prejudiciales de interpretación se formulan como tales, pero en realidad sirven como instrumentos de control indirecto de la legalidad de un acto. La sentencia Gauweiler habría abierto, por vez primera, esta vía procesal²¹⁴.

²¹⁴ Queda por ver si en la sentencia que dé respuesta a la sentencia de Luxemburgo el alto tribunal alemán se atenderá a lo dispuesto por su homólogo europeo. El principio de cooperación leal, consagrado en los Tratados de la Unión, pero también en la Constitución alemana, nos debería llevar a la conclusión de que así lo hará. RAMÍREZ-ESCUADERO, D: “La sentencia Gauweiler (c-62/14) ... Óp. Cit. Pág. 104.

SÍNTESIS DE LA PRIMERA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN

Brevemente, hay que indicar que la jurisprudencia mencionada en el capítulo II, incluso desde sus inicios, empieza a reconocer con fuerza expansiva que determinados instrumentos no estrictamente normativos en su calificación formal, disponen no obstante de una clara posibilidad de convertirse al final en una regla de Derecho.

Esta evolución no ha sido siempre uniforme. En realidad, se ha construido peldaño a peldaño mediante la técnica del caso. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General han sido sumamente cuidadosos a la hora de ir construyendo las características que paulatinamente han ido cincelandando el núcleo duro de lo que constituye al final una genuina regla de Derecho.

Los efectos en el plano de la interpretación son claros: el instrumento, cualquiera que sea su denominación, de Derecho suave, sí va a ser tenido en cuenta necesariamente por el intérprete y lo hará alegando en la demanda o en la contestación y desde luego, incorporándola a la resolución, sea judicial o administrativa. Pero aún más, en la última sentencia citada, *asunto Gauwailer* se tiene ya en cuenta el aspecto de ineludible regla que,

en este caso una Comunicación, supone no solamente para el intérprete sino resueltamente para el aplicador del Derecho. No es esquivable la regla de Derecho en que el Derecho suave consiste, en este caso la Comunicación. Ha de ser tenido en cuenta, desde luego en el plano de la interpretación. Pero superando este nivel habitual, en su decisión, y siguiendo ya la recomendación del abogado general, el Tribunal adopta la sentencia fundándose en medida no desdeñable en dicha Comunicación. Sin la misma, el resultado judicial habría sido totalmente diferente. Lo cual, constituye claramente, prueba inequívoca de que se trata de una regla de Derecho y en este caso, que marca un hito. Podrá discutirse el alcance, la extensión, el contenido y los límites de esa vinculación, pero lo que ya no resulta discutible es que vincula, cualquiera que sea la dimensión que quiera expresarse con la sujeción que todo vínculo incorpora.

Resueltamente pues, puede afirmarse sin ambages que en el ámbito del Derecho de la Unión no habrá ya intérprete alguno que no tenga presente la existencia de este tipo de instrumentos, y, en consecuencia, generando los efectos que en cada caso se supongan que tiene que producir.

Quizás la diferencia todavía existente con el Derecho tradicional consista en la *medida* de la vinculación. Esto es, la generación de efectos, puede predicarse con carácter general, en el sentido de que ya sabemos que van a existir. Pero a diferencia del Derecho tradicional, ese efecto generador de vinculación al Tribunal o a la Administración, y quizás en su caso entre particulares (aunque esencialmente nos estamos refiriendo al efecto vertical del Derecho suave, aunque hoy por hoy es un tema todavía lejano), es un efecto que hay que medir en cada caso.

El Derecho suave, pues, produce efectos que hay que medir en cada caso concreto. Dependerá del instrumento. Es lo que podemos catalogar como un efecto medida, sin que pueda pronunciarse *a priori*, una calificación del alcance completo que va a tener ese instrumento.

Y la evolución no ha hecho más que empezar, de forma que el principio de legalidad, habrá de irse interpretando en un sentido amplio y finalista, que cubra en su paraguas no solamente los efectos tradicionales vinculados a lo que hasta ahora se denomina Derecho suave, sino que tendrá que amparar también extensiones de estos efectos que por aplicación

del principio de congruencia interna de las reglas que se van conteniendo en las sucesivas aplicaciones, y grados de aplicación de la norma principal de cobertura, acaben cerrando el círculo de efectividad y aplicación de ese Derecho suave, con posible inclusión –en su caso- si fuera necesario, para la lógica de la efectividad del Derecho, de instrumentos propios del Derecho sancionador.

En el caso en que exista algún tipo de delegación, de la norma principal a un instrumento de Derecho suave, es indudable que incorpora una fuerza mayor al construirse con un amparo legal del que puede extraer con cierta facilidad ese efecto vinculante. Luego habrá que medir, insistimos, el alcance de dicha vinculación, pero, a diferencia de lo que ocurre cuando cada instrumento de Derecho suave tiene que luchar por sí mismo para hacerse con diferentes técnicas, un espacio normativo apto para ir generando una posible vinculación, cuando ya la propia ley, asume, como si fuera una plataforma normativa que surgirán determinados instrumentos, que tendrán alcance y constituirán reglas de Derecho, aunque materialmente no sean los propios de la potestad reglamentaria, el citado instrumento tendrá grandes posibilidades de producir vínculos y de que sus efectos se incorporen al ordenamiento jurídico, y el órgano receptor de los mismos tenga una vinculación precisa a ese instrumento.

Que las dificultades aumentan cuando se carece de la técnica de la delegación y el instrumento del Derecho suave apenas mencionado en cualquier rincón del ordenamiento tenga que lograr su espacio por generación espontánea, indudablemente aumenta la exigencia y la dificultad de esa creación de un efecto vinculante, pero con toda claridad si la circunstancia del caso, por su urgencia o su importancia lo exigen, inevitablemente acabará apareciendo los efectos jurídicos.

**PARTE ESPECIAL: EL LLAMADO DERECHO SUEVE EN EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA**

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE

DERECHO SUAVE EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ANALISIS DE CASOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL

Decíamos en el capítulo anterior que el ámbito más idóneo para analizar la utilización, alcance, efectos y naturaleza jurídica del Derecho suave era el de la Unión Europea. Esta afirmación también es válida para enmarcar el estudio del Derecho suave en el ámbito de la defensa de la competencia dentro del régimen jurídico de la Unión Europea.

Nuestro estudio concentra los instrumentos de Derecho suave ubicados en grupos y estudiados según sus efectos jurídicos, en una escala de grises según su grado de proximidad a la norma vinculante, con lo que se pretende agotar la gama de instrumentos de Derecho suave utilizados tanto en el ámbito de la Unión Europea como en España.

La correlación entre los capítulos II y III es fundamental, ya que la multiplicación del Derecho suave de la Comisión europea en el ámbito del Derecho de la competencia ha sido crucial para la inserción del Derecho suave en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, especialmente en España.

En el capítulo III realizaremos un análisis de casos de Derecho suave utilizados en el ámbito del Derecho de la competencia, de cuyo análisis delimitado desentrañaremos las razones de la Comisión para utilizar este tipo especial de Derecho como para describir los fallos más relevantes de los Tribunales de la Unión respecto a la aplicación de este tipo de instrumentos jurídicos.

En el capítulo IV efectuamos un breve análisis del diseño institucional de la Autoridad de competencia en España, incluyendo las reformas institucionales en cuanto al modelo de regulación y competencia con la creación de la CNMC. (Hoy en fase de cambio)

En el Capítulo V encontraremos la identificación de todos y cada uno de los instrumentos y actos de Derecho suave adoptados por la autoridad de competencia española –dictadas tanto por la CNC como por la CNMC-, incluyendo el siguiente periodo de estudio: desde creación de la CNC en el año 2007 con la aprobación de la ley 15/2007, hasta marzo de

2017, fecha de la entrega de este trabajo por razones estatutarias de la Universidad Complutense de Madrid. El análisis engloba los primeros pasos de la CNMC en materia de Derecho suave, con lo cual tenemos una visión, incluso contrastante de la utilización de los instrumentos de Derecho suave, así como la inclusión de la labor en materia de promoción de competencia y su relación con el Derecho suave y, por último, los recientes fallos y resoluciones de la CNMC en relación a la comunicación sobre cuantificación de sanciones.

Así, los capítulos III, IV y V de la investigación, brindan un panorama aplicado a una rama específica del Derecho, analizando este tipo de “Derecho suave” como una categoría novedosa y *sui generis* del ordenamiento jurídico en el Derecho de la competencia, en una perspectiva comparada con la finalidad de evidenciar la manera en que los actos e instrumentos de Derecho suave se han ido plasmando en el Derecho español anticoncurrencial, por influencia europea. La experiencia comparada y el mecanismo de inserción, nos brindará una visión global con perspectiva europea del Derecho suave como categoría jurídica particular del ordenamiento jurídico.

Respecto al alcance del Derecho suave, vale adelantar que la jurisdicción europea ha pasado de desconocer el valor normativo de los mismos a la proclividad de la Comisión a recurrir a ellos como mecanismo de:

- i. reducción de discrecionalidad al auto limitar su actuación a su propio Derecho suave,
- ii. incentivar la transparencia clarificando las disposiciones de los Tratados y reglamentos con miras a velar por la transparencia de las instituciones,
- iii. crear reglas decisionales que permitan a los estados miembros y a las empresas anticipar la manera en que la Comisión aplicará el Derecho *antitrust* en el caso concreto con la posibilidad de adaptar y
- iv. adelantar su comportamiento a tales reglas, además de proveer a las autoridades de competencia de los Estados orientaciones para la aplicación del Derecho de la Unión en materia de competencia en el contexto nacional.

El análisis exhaustivo de casos y sentencias, tanto en Europa como en España, nos permitirá incluir en un último capítulo final -Capítulo VI-, los resultados de la investigación.

Tras el estudio de los efectos de cada uno de los instrumentos según su propia nomenclatura se obtendrán sus elementos comunes, para a partir de allí, obtener una definición de lo que llamamos Derecho suave junto con la referencia a su relación con los principios generales del Derecho, respondiendo con ello las hipótesis de nuestra investigación.

CAPITULO III

EL DERECHO SUAVE EUROPEO EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. Introducción

La normativa en materia de Defensa de la competencia en Europa está contenida en diversos instrumentos jurídicos. Las disposiciones básicas se hallan en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea complementadas por numerosas regulaciones emanadas tanto del Consejo como de la Comisión. Varios reglamentos han sido adoptados por el Consejo o por la Comisión, alguno de ellos contienen las normas generales para la aplicación de las disposiciones del Tratado que establecen, entre otros, los poderes de investigación de la Comisión y otros se refieren a tipos particulares de conducta de sectores específicos²¹⁵.

El Derecho europeo de la competencia ofrece ejemplos incontestables de la adopción de normativa derivada en forma de Derecho suave por parte de la Comisión. Se trata de Comunicaciones, Directrices e instrumentos de distinta nomenclatura que fijan cuestiones fundamentales dentro del complejo sistema normativo de la política de la competencia. Por lo que además de las normas sustantivas contenidas en los Tratados o en los reglamentos de la Unión, existen una serie de documentos no regulatorios que forman parte de su cuerpo normativo. Son estos últimos instrumentos los que nos interesan puntualmente, los cuales veremos clasificados en la tabla de casos que se encuentra en el final del presente capítulo.

Los instrumentos de Derecho suave explican con mayor detalle la política de la Comisión sobre una serie de cuestiones relacionadas al Derecho de la competencia; ya sea en relación

²¹⁵ *Sobre la política de competencia de la UE garantiza que las empresas compitan en pie de igualdad y de forma equitativa en el mercado interior europeo*, véase <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

Para otras publicaciones de referencia, consultar <http://ec.europa.eu/competition/publications/>.

Dos informes relevantes: *Informe anual sobre la política de competencia*, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/publications/index.html>, en el *informe General sobre la actividad de la Unión Europea*, de periodicidad anual, figura un resumen del trabajo de la Comisión Europea sobre cuestiones de competencia, disponible en http://europa.eu/generalreport/index_es.htm. [Disponibles en línea]. (Fecha de última consulta 13/02/17).

con la interpretación de fondo de las normas antimonopolio o para cuestiones procedimentales²¹⁶. A este tipo de instrumento nos referiremos a lo largo del presente capítulo.

Efectivamente, más allá de su valor normativo o su encuadre dogmático, la jurisprudencia europea históricamente ha ido evolucionando respecto a la determinación de los alcances del Derecho suave, desde la postura de que las comunicaciones y recomendaciones, en general como expresión del poder normativo de las agencias carecen de efecto vinculante pasando por la noción de que los contenidos del Derecho suave tienen valor indicativo a afectos de la aplicación de la normativa hasta finalmente disponer que las autoridades de competencia pueden apartarse de sus propias directrices si lo motivan adecuadamente.

Dicho lo anterior, el abordaje inicial del Derecho suave responde a una jurisprudencia clásica y tradicional que se está viendo superada últimamente a partir de una evolución endógena a los propios instrumentos normativos en que el Derecho suave consiste y del que hemos dado ya referencia precisa en la parte final del capítulo anterior. Sin retornar ahora al tema, cabe advertir que sí existirán efectos que vamos a denominar “quasivinculantes”. Consecuencias jurídicas que se anudan al cuerpo de las resoluciones judiciales y administrativas, precisamente para solventar vacíos y tras realizar su labor interpretativa, han acabado incorporándose a la propia conclusión de la respectiva resolución judicial o administrativa.

Esto es lo que exactamente queremos describir en un campo como el Derecho de la competencia, especialmente abonado para utilizar el llamado Derecho suave. Y ello es así porque el Derecho de la competencia apenas cuenta con tres tipos infractores, en los que son necesarias modulaciones continuas de la discrecionalidad incorporada a estas tipologías tan abiertas, y, por otro lado, de un tipo prospectivo en el que para evitar el ejercicio criptoadivinatorio sobre la evolución futura, también es necesario fijar, junto con reglas técnicas basadas en parámetros matemáticos y de naturaleza económica, orientaciones sobre la conducta de los aplicadores de este Derecho.

²¹⁶ [La traducción es nuestra] Ver www.ec.europa.eu/competition, apartado correspondiente a la legislación.

En efecto, los tipos infractores son: a) el cártel, b) el abuso de posición dominante, que puede cualificarse además con competencia desleal y c) ayudas públicas. Y por su lado, el control de concentraciones tiene un claro componente de previsión, siempre incierta, por cuanto el futuro, por definición no es adivinable. De ahí, que, para evitar errores a la hora de autorizar una concentración, normalmente basada en una fusión o absorción de empresas, sea imprescindible intentar guiar a los sujetos aprobadores de esa concentración, con o sin condiciones, a través de medios que al menos tengan que ser examinados para que la decisión sea lo más racional posible y lo más alejada de la política posible.

Vemos pues que el Derecho de la competencia de forma espontánea atrae sobre sí la necesidad de contar con instrumentos colaboradores con los agentes decisores, para intentar ofrecer al menos la mayor seguridad jurídica en los mercados. Es un caldo de cultivo que establece claramente posibilidades de germen de todos los instrumentos posibles de Derecho suave.

Para el desarrollo de todos estos puntos seguiremos la siguiente metodología,

- i. Una breve referencia a la autoridad europea de defensa de la competencia,
- ii. Un breve repaso de la legislación de Defensa de la competencia en el ámbito de la Unión Europea,
- iii. Los diferentes instrumentos jurídicos de Derecho suave europeo de la competencia, en donde incluimos una tabla que agota todos y cada uno de los instrumentos que ingresan a la categoría de Derecho suave, y
- iv. Análisis jurisprudencial de las diferentes sentencias emanadas por los Tribunales de la Unión respecto a los casos analizados y sus efectos jurídicos,
- v. Conclusiones

Coincide pues, este método con el que utilizaremos en el capítulo referido a España sosteniendo junto con PADRÓS REIG²¹⁷, que: sin lugar a dudas uno de los ordenamientos comparados que más uso ha hecho de las recomendaciones, comunicaciones, guías o

²¹⁷ PADRÓS REIG, C: *“Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos ad extra de las autoridades de Defensa de la Competencia en el control de los cárteles... Op cit.* Pág. 21. Cfr. Capítulo II

directrices ha sido el comunitario europeo, especialmente en materia de Defensa de la Competencia.

2. Autoridad europea en materia de Defensa de la competencia.

Según el Reglamento 1/2003²¹⁸, los órganos administrativos encargados de aplicar y hacer cumplir los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea) son la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros²¹⁹.

La Comisión Europea, juntamente con las autoridades nacionales, aplica directamente la normativa europea de competencia descrita a continuación y garantiza que se aplique correctamente la normativa europea de competencia²²⁰, buscando que las empresas compitan según sus méritos y en condiciones justas y equitativas y que los mercados funcionen mejor, lo que beneficia a los consumidores, las propias empresas y al conjunto de la economía europea.

La tarea de la Comisión consiste principalmente en supervisar y, si es necesario, impedir los acuerdos anticompetitivos (en particular los cárteles), los abusos de posición dominante en los mercados, las fusiones y adquisiciones y las ayudas públicas. Para ello, cuenta con toda una serie de competencias de inspección y aplicación de la Ley que le permiten, por ejemplo, investigar a las empresas, organizar audiencias y conceder excepciones. Además, los gobiernos tienen la obligación de comunicar por adelantado cualquier tipo de ayuda que tengan previsto dar a las empresas (ayudas estatales).

Al aplicar todos los aspectos de la política de competencia, la Comisión toma en consideración el interés de los consumidores involucrándose en los aspectos internacionales

²¹⁸ Reglamento (CE) Número 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*

²¹⁹ LENCE, C.: “*Procedimiento en el Derecho Comunitario*”. En BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P y HERNANDEZ RODRIGUEZ, F. (Coordinadores): “*Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español*”. Ed. Aranzadi, S.A. Navarra, 2009.

²²⁰ Artículos 101-109 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)

de la política de competencia, incluyendo la cooperación con las autoridades de Defensa de la Competencia alrededor del mundo, siendo entre otras cosas un órgano ejecutivo, si bien con carácter limitado.

En el ámbito de la Defensa de competencia, la Comisión desempeña las actividades de una autoridad administrativa ordinaria y dentro de sus atribuciones, comprueba los hechos, dicta autorizaciones o prohibiciones y, en su caso, adopta sanciones. En el ámbito de los Fondos Estructurales de la Unión y de la ejecución del presupuesto, las competencias administrativas de la Comisión tienen un alcance similar.

Por regla general, son los Estados miembros los que, no obstante, deben velar por el cumplimiento concreto de las reglamentaciones de la Unión. Esta solución, contemplada en los Tratados de la Unión, ofrece la ventaja de acercar a los ciudadanos la realidad del ordenamiento europeo, que les es aún «ajena», situándolos bajo la autoridad y en el marco familiar del ordenamiento nacional²²¹.

En definitiva, la Comisión es el centro de la política de competencia de la Unión Europea y es la responsable de determinar los hechos y tomar acciones en contra de vulneración de la ley, imponer penalidades, adoptar regulaciones de excepción por categorías, conducir investigaciones sectoriales, investigar concentraciones y ayudas de estado y desarrollar iniciativas políticas y legislativas en materias de Defensa de la Competencia²²², por lo que analizar la gran cantidad de instrumentos de Derecho suave emitida por la misma, resulta claramente relevante.

Dentro de la estructura funcional y orgánica de la Comisión, la facultad de aplicar directamente la normativa de competencia corresponde ante todo a la Dirección General de Competencia²²³. Pero es un poder sujeto a estrictos límites: *la Dirección General de*

²²¹ BORCHARDT, Klaus-Dieter: “*El ABC de la Unión Europea... Óp. Cit.* Pág. 71.

²²² [La traducción es nuestra] WHISH, R.: “*Competition Law... Óp. Cit.* Pág. 53

²²³ El Director General de Competencia actual es *Johannes Laitenberger*. El economista jefe de competencia, *Tommaso Valletti*, depende directamente del Director General, al que proporciona asesoramiento económico independiente sobre los asuntos y la política de competencia. Los consejeros auditores, *Joos Stragier* y *Wouter Wils*, no dependen de la Dirección General sino directamente del Comisario de Competencia. Su cometido es garantizar el correcto desarrollo de los procedimientos, salvaguardar los derechos de las partes y

*Competencia sólo puede intervenir si tiene pruebas de infracción a las normas, y sus decisiones pueden recurrirse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En eso reside la diferencia entre la Dirección General de Competencia y la mayor parte de la Comisión: más que proponer legislación, lo que hace es actuar contra aquellas empresas o Estados miembros que a su juicio violan las normas.*²²⁴.

Cuando la Dirección General de Competencia concluye que una empresa o Estado miembro ha violado la normativa de competencia o, en el caso de las concentraciones, actuado de manera que podría reducir significativamente la competencia, la Dirección General de Competencia puede proponer al Colegio de Comisarios que adopte una decisión formal para prohibir la conducta e imponer medidas correctoras. En asuntos *antitrust*, la Comisión puede imponer multas, cuyo fin es a la vez punitivo y disuasorio²²⁵ y los Estados miembros deben poder designar tanto autoridades administrativas como judiciales para realizar las distintas funciones que el Reglamento atribuye a las autoridades de competencia²²⁶.

El Tribunal de Justicia, principal órgano judicial europeo, vela por la aplicación e interpretación uniformes de la normativa de competencia en toda la Unión.

Los Tribunales nacionales pueden (y a veces deben) remitir los asuntos al Tribunal de Justicia para que dilucide cómo debe interpretarse la normativa europea de competencia en casos concretos²²⁷.

contribuir a la calidad de la adopción de decisiones en los procedimientos de política antitrust y control de concentraciones de la Comisión Europea. (Fecha de última consulta: 13/02/17)

²²⁴ Consultar en www.ec.europa.eu/ para ver último reporte anual consultar en http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2015/fw_es.pdf. [Disponible en línea] (Fecha de última consulta: 13/02/17)

²²⁵ Los asuntos tratados por la Dirección General de Competencia pueden versar sobre: Supervisión del mercado, elaboración de la política de Defensa de la Competencia, cooperación con otras autoridades, Promoción de la competencia y se encarga de elaborar el Informe Anual al Parlamento Europeo.

²²⁶ Artículo 35 del Reglamento (CE) Número 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*.

²²⁷ http://ec.europa.eu/competition/consumers/institutions_es.html. [Disponible en línea] (Última fecha de consulta: 17 de marzo de 2017) A lo largo de los años, las muchas y no siempre bien conocidas resoluciones del Tribunal han tenido consecuencias importantes para la vida cotidiana de los europeos y ha contribuido a

3. El Derecho europeo de la competencia: descripción de la normativa general

La legislación europea de la Competencia se sitúa en el Capítulo I del Título VII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, contenidos en los artículos 101 al 109 del TFUE²²⁸.

El artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea dispone como uno de sus principales objetivos que *«la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico»*.

En la misma línea, el TFUE dispone: *«Artículo 3: 1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: a) la unión aduanera; b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; e) la política comercial común. 2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas»*.

Así, el artículo 3 del TFUE provee a la Unión Europea de competencia exclusiva para establecer las reglas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado internacional y el artículo 119 del TFUE²²⁹ dispone, a su vez, que para alcanzar los fines

restablecer la competencia efectiva en los mercados de la UE, lo que significa una mayor variedad de productos y servicios de mejor calidad y a precio más bajo.

²²⁸ FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales. Óp. Cit.* Pág. 169.

²²⁹ Artículo 119. (antiguo artículo 4 TCE), apartado 1.

enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que ello se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

La legislación en materia de Defensa de la competencia en el ámbito de la Unión Europea se encuadra de la siguiente manera²³⁰:

DISPOSICIONES SUMINISTRADAS POR EL TFUE Y EL TUE	
DISPOSICIONES BÁSICAS ²³¹	Artículo 101 TFUE Artículo 102 TFUE Artículo 106 TFUE
OTRAS DISPOSICIONES RELEVANTES	Artículos 3, 37, 103, 104, 105, 119, 339, 346 TFUE Artículos 3 y 4 TUE
REGLAS GENERALES	
LEGISLACIÓN MARCO	Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

²³⁰ La presente tabla se ha elaborado en base a los siguientes documentos: “*EU Competition Law Rules Applicable to Antitrust Enforcement*”²³⁰, y “*EU Competition Law Rules Applicable to Antitrust Enforcement Volume II: General Block Exemption Regulations and Guidelines*”. Para consultarlos, Véase volumen I: General Rules Situation as at 1st July 2013, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013. ISBN 978-92-79-28608-7. European Union, 2013. (Fecha de última consulta: 12/02/17); Volumen II: General Block Exemption Regulations and Guidelines. Situation as at 1st July 2013 Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013. ISBN 978-92-79-28609-4. European Union, 2013. (Fecha de última consulta: 12/02/17) y la tabla de equivalencias en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0202:0229:EN:PDF>. (Fecha de última consulta: 15/02/17)

²³¹

<p>APLICACIÓN DE LEGISLACIÓN MARCO</p>	<p>Reglamento (CE) N° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE</p> <p>Reglamento (CE) N° 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel</p> <p>Reglamento (CEE) n° 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se aprueban las normas aplicables a los periodos, fechas y plazos.</p> <p>Reglamento (CEE) n° 1/58 del Consejo, relativo a la determinación de los idiomas que hayan de emplearse por La Comunidad Económica.</p> <p>Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 <i>relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea</i></p> <p>Directiva 2014/57/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 <i>sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado)</i></p> <p>Reglamento (UE) no 596/2014 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 <i>sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado)</i> y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión</p>
--	--

El artículo 101 del TFUE trata de los acuerdos prohibidos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior²³².

²³² **TÍTULO VII: NORMAS COMUNES SOBRE COMPETENCIA, FISCALIDAD Y APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES. CAPÍTULO 1. NORMAS SOBRE COMPETENCIA. SECCIÓN PRIMERA. DISPOSICIONES APLICABLES A LAS EMPRESAS**

Artículo 101. (antiguo artículo 81 TCE)

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

El artículo 102 TFUE²³³ prohíbe el abuso de posición de dominio, el 106.1 TFUE²³⁴ impone a los Estados Miembros obligación con respecto al Tratado en general y el 106.2 TFUE²³⁵ establece obligaciones respecto a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal.

Los artículos 107 al 109 prohíben las ayudas de Estado de los Estados Miembros que puedan distorsionar la competencia en el mercado interior.

Por último, un instrumento importante y adicional del Derecho de la competencia de la Unión Europea es la regulación de las Concentraciones entre empresas de dimensiones comunitarias en la UE²³⁶ –*the EU Merger Regulation*–²³⁷.

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,
que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

²³³ **Artículo 102. (antiguo artículo 82 TCE)**

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

²³⁴ **Artículo 106. (antiguo artículo 86 TCE)** 1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.

²³⁵ **Artículo 106. (antiguo artículo 86 TCE)** 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

²³⁶ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“*Reglamento comunitario de concentraciones*”)

4. Instrumentos de Derecho suave europeo en Defensa de la Competencia.

Una vez descrito el marco jurídico sustantivo en materia de competencia (disposiciones de los Tratados, núcleo dispositivo y legislación), nos referiremos a todos aquellos instrumentos o actos «suaves» que complementan el marco de la legislación vigente en la materia, formando parte de la misma²³⁸.

La propia Comisión ha denominado a este tipo de instrumentos como “*documentos no regulatorios*”, -definición un tanto oblicua- a una serie de instrumentos que están destinados a explicar con mayor detalle la política de la Comisión sobre una serie de cuestiones, ya sea en relación a la interpretación de las normas sustantivas *antitrust* o con cuestiones de procedimiento, como el acceso al expediente y otros²³⁹.

Estos instrumentos *suaves* o documentos no regulatorios, se publican en la serie C del Diario Oficial de la Unión Europea, la cual, a diferencia de la serie L de éste, no tiene por objeto publicar actos jurídicamente vinculantes, sino sólo informaciones, recomendaciones y dictámenes relativos a la Unión²⁴⁰.

Cabe precisar que mientras las recomendaciones pueden proceder tanto del Consejo como de la Comisión, *las comunicaciones son un instrumento propio de la Comisión*, y que aquéllas se publican como regla general en la Serie L del «Diario Oficial de las

²³⁷ [La traducción es nuestra] WHISH, R.: “*Competition Law*”. Edición séptima. Ed. Oxford University Press. 2012. Pág. 49-58.

²³⁸ Fuente principal de consulta la página oficial de la Comisión Europea en el apartado referido a legislación. Consultar en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html> (Fecha de última consulta: 12/02/17) Toda la información relativa a las operaciones de concentración notificadas a la Comisión, las decisiones formales de la Comisión Europea en los ámbitos de la política de competencia, las ayudas estatales, y la legislación concreta en que se basan se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=es>.

²³⁹ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html> [Disponible en línea]. (Fecha de última consulta 13/02/17)

²⁴⁰ Véase STJ de 12 de mayo de 2011, Polska Telefonia Cyfrowa, C-410/09, apartado 35: «*procede señalar que dichas Directrices se publicaron en 2002 en la serie «C» del Diario Oficial de la Unión Europea. Pues bien, al contrario que la serie «L» de éste, la serie «C» no tiene por objeto publicar actos jurídicamente vinculantes, sino sólo informaciones, recomendaciones y dictámenes relativos a la Unión*».

Comunidades Europeas», mientras que es la Serie C el lugar natural de éstas en cuanto actos atípicos»²⁴¹.

Intentaremos realizar un análisis de los alcances de la utilización de este tipo de documentos no regulatorios en el ámbito de la Unión Europea. Cabe decir que para el presente análisis se ha realizado una labor de rastreo global, intentando abarcar de la manera más exhaustiva la totalidad de instrumentos que ingresan al ámbito del derecho suave²⁴².

Puede señalarse que los dictámenes *ad extra* son escasos en la práctica comunitaria, habiéndose generalizado, por lo que a la Comisión se refiere, el recurso a unos instrumentos atípicos denominados *comunicaciones*, a través de las cuales pretende, las más de las veces, presentar de manera sistemática los principios que presiden un determinado sector, aportando precisiones, generalmente de la mano de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia de Luxemburgo, a partir de las cuales ofrecer a las Administraciones nacionales y a los operadores económicos un marco de referencia claro y coherente²⁴³, y sin pretender tener fuerza vinculante expresan normalmente que las reglas contenidas en ellas se encuentran vinculadas a las disposiciones de los Tratados²⁴⁴.

La razón de la Comisión para adoptar comunicaciones es en particular incentivar la transparencia y efectividad del Derecho de la Unión, a fin de crear mayor certeza legal brindando de manera anticipada a los operadores económicos las reglas por las cuales se regirá la Comisión para entender el caso concreto. Además, con la utilización de los instrumentos de Derecho suave se busca unificar la aplicación del Derecho de la Unión en los Estados miembros.

²⁴¹ ALONSO GARCÍA, R.: “*El soft law comunitario... Op. Cit.* Pág. 72.

²⁴² Por razones de mejor análisis, la lista total de instrumentos se encuentra en la tabla de casos situada al final del capítulo, de donde extraeremos aquellos casos más relevantes para el análisis.

²⁴³ ALONSO GARCÍA, R.: “*El soft law comunitario... Op. Cit.* Pág. 72.

²⁴⁴ SENDEN, L: *Soft law in European Community law. Op. Cit.* Pág. 146

Según SENDEN²⁴⁵, al hablar de Derecho suave y los instrumentos que ingresan en su categoría, se puede encontrar una diferencia entre aquellos que son de naturaleza interpretativa y aquellos de naturaleza decisional.

Las «comunicaciones interpretativas»²⁴⁶ constituyen una categoría muy concreta de actos escritos que superan el estadio de las simples acciones de publicidad o divulgación. Pueden definirse como actos escritos, de alcance general, publicados en el Diario Oficial de las Comunidades (en adelante, DOCE, serie C), en los que la Comisión explica y sistematiza su posición acerca de una cuestión determinada de derecho europeo, con la intención de ejercer una influencia efectiva sobre el comportamiento de los medios interesados.

Pasaremos a detallar el alcance de los instrumentos más relevantes.

Respecto al alcance de la *comunicación de minimis*, la Comisión precisa que a pesar de que la comunicación de *minimis* no tenga carácter vinculante, la presente Comunicación pretende brindar una orientación a los tribunales y autoridades de competencia de los Estados miembros a la hora de aplicar el artículo 101 del Tratado y deberá entenderse sin perjuicio de las interpretaciones del artículo 101 del Tratado que emanen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La comunicación aclara que, a fin de determinar si una restricción de la competencia es apreciable o no, las autoridades de competencia y los tribunales de los Estados miembros podrán tener en cuenta los umbrales establecidos en la comunicación de *minimis*, pero no están obligados a ello.

En el asunto C-226/11²⁴⁷, la Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿*Deben interpretarse el*

²⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 145

²⁴⁶ GARDEÑES SANTIAGO, M.: “*Las comunicaciones interpretativas de la Comisión: concepto y valor normativo*”, Revista de Instituciones Europeas, 1992, vol. 19, nº 3, pp. 934 y 935

²⁴⁷ Sentencia TJUE de 13 de diciembre de 2012. El objeto del litigio: con el fin de desarrollar la venta de billetes de tren y de viajes por Internet, la SNCF celebró, en el mes de septiembre de 2001, diversos acuerdos con Expedia, sociedad americana especializada en la venta de viajes en Internet, y creó con esta última una filial común denominada GL Expedia. La página de Internet voyages-SNCF.com, que hasta entonces se

artículo 101 TFUE, apartado 1, y el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 en el sentido de que se oponen a que una práctica de acuerdos, de decisiones de asociaciones de empresas o de concertación que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis sea investigada y sancionada por una autoridad nacional de competencia sobre el doble fundamento del artículo 101 TFUE, apartado 1, y del Derecho nacional de la competencia?»

En la cuestión prejudicial sometida a conocimiento del Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente considera, que las afirmaciones que figuran en los puntos 4 y 6 de la Comunicación de *minimis*, a cuyo tenor, ésta no tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales y las autoridades de los Estados miembros y debe entenderse sin perjuicio de las interpretaciones del artículo 101 TFUE que emanen de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, plantean una duda sobre la cuestión de si los umbrales de la cuota de mercado establecidos por esta Comunicación son una presunción *iuris et de iure* de la falta de efecto sensible sobre la competencia en el sentido de dicho artículo.

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 13 de diciembre de 2012, en el asunto en cuestión²⁴⁸, expuso algunos lineamientos importantes respecto a los efectos de la comunicación de *minimis*:

- a) De los objetivos perseguidos por la Comunicación de *minimis*, resulta que ésta no pretende vincular a las autoridades de competencia ni a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros²⁴⁹.

dedicaba a la información, reserva y venta de billetes de tren por Internet, alojó la actividad de GL Expedia y se transformó para ofrecer, además de sus prestaciones iniciales, una actividad de agencia de viajes on line. Durante el año 2004, esta filial común cambió de denominación, pasando a llamarse Agence de voyages SNCF.com

²⁴⁸ La petición se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad Expedia Inc. y, en particular, la *Autorité de la concurrence*, anteriormente *Conseil de la concurrence*, en relación con las diligencias emprendidas y las sanciones pecuniarias impuestas por esta última con motivo de los acuerdos celebrados entre Expedia y la *Société nationale des chemins de fer français* (en lo sucesivo, «SNCF») relativos a la creación de una filial común.

²⁴⁹ Apartado 27

- b) Mediante la Comunicación de *minimis*, la Comisión se auto limita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de violar los principios generales del Derecho, en particular, la igualdad de trato y la protección de la confianza legítima²⁵⁰
- c) Con dicha comunicación, la Comisión pretende brindar una orientación a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el artículo 101²⁵¹.
- d) Una comunicación de la Comisión, como la Comunicación de *minimis*, no es imperativa para los Estados miembros²⁵².
- e) Con el fin de determinar el carácter sensible o no de una restricción de la competencia, la autoridad de competencia de un Estado miembro podrá tomar en consideración los umbrales establecidos en el punto 7 de la Comunicación de *minimis* sin no obstante estar obligada a aplicarlos. En efecto, tales umbrales son únicamente algunos de los indicios que permiten a esta autoridad determinar el carácter sensible o no de una restricción en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo²⁵³.
- f) las diligencias emprendidas y las sanciones impuestas por la autoridad de competencia de un Estado miembro a empresas que participen en un acuerdo que no alcance los umbrales definidos en la referida Comunicación no pueden, como tales, vulnerar los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica

Vemos entonces, que las reglas establecidas en la comunicación de *minimis* establecen cómo la Comisión aplicará el Derecho de la Unión en cada caso particular y cómo hará uso

²⁵⁰ Apartado 28

²⁵¹ Apartado 28. Véase las referencias a las sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 211.

²⁵² STJ de 14 de junio de 2011, Pfeiderer, C-360/09, apartado 21: «en cuanto a las Comunicaciones de la Comisión, una sobre la cooperación en la red de autoridades de competencia (DO 2004, C 101, p. 43) y otra relativa a la dispensa de pago de las multas y a la reducción de su importe en los casos de cártel (DO 2006, C 298, p. 17), procede señalar que no son imperativas para los Estados miembros. Además, la comunicación mencionada en segundo lugar sólo contempla los programas de clemencia aplicados por la propia Comisión»

²⁵³ Apartado 31

de la discrecionalidad que posee al respecto. Como tales, estas reglas son claramente reglas de conducta y como tales, tienen naturaleza normativa²⁵⁴.

La diferencia por tanto entre instrumentos interpretativos e instrumentos decisorios está en la existencia de poderes discrecionales por parte de la Comisión²⁵⁵.

Respecto al alcance de las **directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) N° 1/2003**²⁵⁶ las mismas surgen frente a la amplia facultad de apreciación de la Comisión en materia sancionadora²⁵⁷, en virtud de la cual podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado.

Con el fin de garantizar la transparencia y la objetividad de sus decisiones, la Comisión publicó, el 14 de enero de 1998, *las Directrices para el cálculo de las multas*²⁵⁸, con el fin de aumentar la transparencia de su política sobre el cálculo de las multas y responsabilizarse en mayor medida de sus actos. Con el tiempo se hizo evidente que dichas Directrices daban lugar a multas excesivamente bajas para las grandes empresas, especialmente para aquellas participantes en cárteles que duran mucho tiempo y abarcan un gran volumen de productos, así como para las empresas reincidentes. En 2006 la Comisión revisó su planteamiento y facilitó orientaciones más claras a las empresas.

Los Tribunales europeos examinan todos los aspectos de las decisiones de la Comisión y tienen plenos poderes para modificar las multas impuestas. Los resultados obtenidos por la

²⁵⁴ SENDEN, L: *Soft law in European Community law. Óp. Cit.* Pág. 148

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ En adelante «Directrices para el cálculo de multas»

²⁵⁷ En aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (1)

²⁵⁸ Directrices para el cálculo de multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento 1/2003 (DOUE C 210/2, de 1 de setiembre de 2006).

Comisión ante los tribunales son buenos ya que en los recursos se mantiene más del 90 % del importe de las multas²⁵⁹.

Aunque las Directrices para el cálculo de multas exponen la metodología general para la fijación de las multas, las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular podrán justificar que la Comisión se aparte de esta metodología o de los límites fijados para la determinación del importe de base de la multa.

La política en materia de multas debe abarcar una amplia gama de elementos de hecho diferentes, y resulta extremadamente difícil prever todos ellos por adelantado. Por este motivo la Comisión se reserva la capacidad de modificar y actualizar sus Directrices en caso necesario, y las propias Directrices incorporan disposiciones que prevén expresamente la posibilidad de apartarse de su metodología cuando así convenga.

Actualmente muchas autoridades nacionales en materia de competencia siguen el mismo planteamiento, con directrices sobre el cálculo de multas similares, en líneas generales, a las de la Comisión Europea, tal y como veremos en el caso español, extensamente analizado en el capítulo V. Cabe señalar que estas Directrices de la Comisión no vinculan a las autoridades nacionales de competencia de los estados miembro, quienes mantienen total facultad de apreciación para la determinación de las multas²⁶⁰.

Las Directrices para el cálculo de multas en resumen de la siguiente manera:

- Multa de base: Porcentaje del valor de las ventas afectadas (0-30 %) x duración (en años o en periodos inferiores a un año) + 15-25 % del valor de las ventas consideradas: elemento disuasorio adicional para los cárteles.
- Incrementada por factores agravantes, por ejemplo, liderar la infracción, ser reincidente u obstruir la investigación

²⁵⁹ Véase el documento *Multas por incumplir el Derecho de la Competencia*. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf

²⁶⁰ *Competition: revised Commission Guidelines for setting fines in antitrust cases – frequently asked questions*. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-06-256_en.htm?locale=en (Fecha de última consulta: 14/02/17)

- Reducida por factores atenuantes, por ejemplo, participación limitada o comportamiento favorecido por la normativa
- Sujeta a un máximo global 10 % del volumen de negocios (por infracción)
- Posibilidad de reducción adicional por: a) *Clemencia*: 100 % para la 1ª, hasta el 50 % para la siguiente, 20-30 % para la tercera y hasta el 20 % para las demás, b) *Transacción*: 10 % y c) *Reducción por incapacidad contributiva*

Por medio de la ***comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel***²⁶¹, la Comisión establece el sistema por el cual se recompensa la cooperación con la investigación de la Comisión por parte de empresas que han formado o forman parte de cárteles secretos que afectan a la Comunidad. La Comisión considera que la colaboración de una empresa en el descubrimiento de un cártel posee un valor intrínseco. Una contribución decisiva a la apertura de una investigación o a la comprobación de una infracción puede justificar la concesión a la empresa en cuestión de una dispensa del pago de la correspondiente multa, con tal de que se cumplan ciertos requisitos adicionales.

La comunicación de la Comisión denominada ***Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE***²⁶² a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes²⁶³ y otros instrumentos relevantes, establece las prioridades de control que regirán la acción de la Comisión al aplicar el artículo 82 a la conducta excluyente de las empresas dominantes.

Las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea a la conducta excluyente abusiva de las

²⁶¹ En adelante «Comunicación de Clemencia»

²⁶² El artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea prohíbe los abusos de posición dominante. Según la jurisprudencia, el hecho de que una empresa esté en posición dominante no es ilegal en sí mismo y la empresa dominante tiene derecho a competir basándose en sus méritos. Sin embargo, la empresa en cuestión tiene la responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común. El artículo 82 es el fundamento jurídico de un elemento fundamental de la política de competencia y la eficacia de su aplicación contribuye a un mejor funcionamiento de los mercados en beneficio de las empresas y los consumidores. Esto adquiere una especial importancia en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado

empresas dominantes, ofrece orientación general para la comunidad empresarial y a los encargados de hacer cumplir la legislación de Defensa de la Competencia a nivel nacional sobre la forma en que la Comisión utiliza un enfoque basado en efectos económicos para establecer sus prioridades de control con arreglo al artículo 102 TFUE, en relación a la conducta excluyente.

El texto de la Comunicación advierte lo siguiente: *«el presente documento no pretende sentar doctrina jurídica y se entiende sin perjuicio de la interpretación del artículo 82 que realicen el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas²⁶³»* y *«la Comisión puede adaptar el planteamiento expuesto en la presente Comunicación en la medida que resulte razonable y adecuado a un determinado asunto²⁶⁴»*.

Paralelamente a la reforma de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 mediante el Reglamento 1/2003, la Comisión ha procedido a una revisión de los reglamentos de exención por categorías y de sus comunicaciones y directrices con objeto de facilitar la autoevaluación a los operadores económicos.

La Comisión ha elaborado, asimismo, unas Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81(4). En la gran mayoría de los casos, estos instrumentos permiten a las empresas evaluar de manera fiable sus acuerdos a efectos del artículo 81. Respecto al artículo 82, se pretende aportar una mayor claridad y previsibilidad al marco general analítico que la Comisión utiliza para determinar si debe intervenir en los asuntos referentes a distintas formas de conducta excluyente y para ayudar a las empresas a apreciar mejor si es probable que una determinada conducta suscite la intervención de la Comisión.

La Comisión podrá proporcionar tales orientaciones sobre cuestiones nuevas relativas a la interpretación de los artículos 81 y 82 en una declaración escrita (carta de orientación).

²⁶³ Párrafo número 3.

²⁶⁴ Párrafo número 8.

En la *Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación)*²⁶⁵ se exponen los pormenores de este instrumento.

Las cartas de orientación no constituyen decisiones de la Comisión y no son vinculantes para las autoridades de competencia o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros facultados para aplicar los artículos 81 y 82. Con todo, se deja a discreción de las autoridades de competencia y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tener en cuenta las cartas de orientación de la Comisión, según lo estimen conveniente en el contexto de un asunto determinado.

*Respecto a las directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*²⁶⁶, las mismas establecen una regla que indica cuándo no es probable que los acuerdos puedan en general afectar de forma apreciable al comercio entre países de la UE. Las directrices no pretenden ser exhaustivas. Su objetivo es fijar la metodología para la aplicación del concepto de efecto sobre el comercio y proporcionar orientación de cara a su aplicación en situaciones que se plantean frecuentemente.

Aunque no sean vinculantes para los órganos jurisdiccionales y autoridades de los países de la UE, las presentes directrices pretenden también orientarlos a la hora de aplicar el concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 101 y 102 del TFUE.

*Las directrices*²⁶⁷ *relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*²⁶⁸, establecen la interpretación de la Comisión sobre las condiciones de exención contenidas en el apartado 3 del Artículo 81. Así ofrecen orientación sobre la aplicación del artículo 81 a

²⁶⁵ En adelante «Cartas de orientación»

²⁶⁶ En adelante «Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio»

²⁶⁷ En adelante «Directrices sobre las condiciones de exención»

²⁶⁸ El apartado 3 del artículo 81 del Tratado establece una norma de excepción a la que pueden acogerse las empresas en caso de determinarse que existe una infracción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado. Los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas contempladas en el apartado 1 del artículo 81 que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo gozarán de validez y vigencia sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

casos individuales. Pese a no ser vinculantes, las presentes directrices también pretenden servir de orientación a los tribunales y las autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado.

Las mencionadas directrices establecen un marco analítico para la aplicación del apartado 3 del artículo 81 con el objetivo de elaborar una metodología para la aplicación de dicha disposición del Tratado. Esta metodología está basada en el enfoque económico utilizado en las directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología.

Las directrices sobre restricciones verticales, sobre acuerdos de cooperación horizontal y sobre acuerdos de transferencia de tecnología se refieren a la aplicación del artículo 81 a diversos tipos de acuerdos y prácticas concertadas. Su propósito es exponer el punto de vista de la Comisión sobre los criterios de evaluación sustantiva aplicados a los diferentes tipos de acuerdos y prácticas.

La Comisión aplicará el marco de las 4 directrices²⁶⁹, de las cuales las directrices sobre condiciones de exención ofrecen orientaciones más detalladas sobre la aplicación de las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81. El marco establecido en las mismas también se aplica a los acuerdos contemplados en las directrices anteriormente mencionadas.

En la ***comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea***,²⁷⁰ la Comisión indica mediante unos umbrales de cuotas de mercado, las circunstancias en las que considera que los acuerdos que puedan tener como efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia en el mercado interior no constituyen una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 101 del Tratado²⁷¹.

²⁶⁹ *Directrices sobre:* 1) restricciones verticales, 2) acuerdos de cooperación horizontal, 3) acuerdos de transferencia de tecnología y 4) relativas a las condiciones de exención.

²⁷⁰ «Comunicación de *minimis*».

²⁷¹ Esta definición negativa de lo «sensible» no implica que los acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación constituyan una restricción sensible de la competencia. Es posible

En relación al concepto de mercado de referencia, la Comisión interpreta las definiciones del mercado de referencia por medio de su *comunicación relativa a la definición de mercado de referencia*, combinando el mercado de producto y el mercado geográfico al aplicar la normativa comunitaria de competencia, en particular, los Reglamentos n° 17 y n° 4064/89 del Consejo, los cuales a su vez se basan en los artículos 85 y 86 del Tratado, con el objetivo de orientar sobre la forma en que la Comisión aplica los conceptos de mercado de producto de referencia y mercado geográfico.

La Comisión realiza esta interpretación, reflejando jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, así como su propia práctica decisoria siguiendo las orientaciones definidas en su comunicación relativa a la definición de mercado de referencia.

Respecto a la intención de la Comisión de autolimitar su propio margen discrecional, observamos para los procedimientos de transacción para los cárteles, *la comunicación²⁷² sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel²⁷³* nace con el fin de limitar el amplio margen discrecional de la Comisión para determinar en qué casos puede resultar indicado explorar el interés de las partes en entablar conversaciones con vistas a una transacción, así como para iniciar o suspender tales conversaciones o llegar a una transacción definitiva.

En cuanto a la relación del Derecho suave con el principio de seguridad jurídica, *la guía práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE²⁷⁴*, tiene el objetivo de ofrecer

que dichos acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud del artículo 101, apartado 1, del Tratado

²⁷² Modificada en el año 2015. Véase Diario Oficial de la Unión Europea, C 256, 05.08.2015.

²⁷³ El Reglamento (CE) no 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE establece las normas básicas sobre el desarrollo de los procedimientos *antitrust*, incluidas las aplicables en la variante de la transacción. A este respecto, el Reglamento (CE) no 773/2004 otorga a la Comisión la facultad discrecional de explorar o no la opción del procedimiento de transacción en los casos de cártel, al tiempo que garantiza que la elección del procedimiento de transacción no puede imponerse a las partes. En adelante «Comunicación sobre procedimientos de transacción para los cárteles».

²⁷⁴ En adelante «la guía práctica»

asistencia a los órganos jurisdiccionales nacionales y a las partes implicadas en demandas por daños y perjuicios, dando mayor difusión a la información relevante para la cuantificación del daño causado por las infracciones de las normas de competencia de la UE²⁷⁵.

Por tanto —expresa la misma Comisión-²⁷⁶, «*la guía práctica da indicaciones sobre distintas formas de perjuicio causado habitualmente por prácticas contrarias a la competencia y, en particular, ofrece información sobre los principales métodos y técnicas disponibles para cuantificarlo. Dar mayor difusión a este tipo de información aumentará la efectividad de las demandas por daños y perjuicios. También las hará más previsibles, incrementando así la seguridad jurídica para todas las partes implicadas. La Guía práctica puede también ayudar a las partes a resolver de manera consensuada sus litigios, ya sea dentro o fuera del contexto del procedimiento judicial o de procedimientos alternativos de resolución de conflictos*».

Se remarca que la guía práctica es puramente informativa y no es vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales ni las partes. Por consiguiente, no altera las normas jurídicas de los Estados miembros que regulan las demandas por daños y perjuicios y no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros y de las personas físicas o jurídicas en virtud del Derecho de la UE, pero sin embargo vemos la importancia de su alcance, pues vemos la aplicación del Derecho suave en su verdadero rol de complemento a la legislación aplicable²⁷⁷.

²⁷⁵ Cualquier persona que haya sido perjudicada por una infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tiene derecho a reparación por ese perjuicio. El Tribunal de Justicia de la UE dictaminó que este derecho está garantizado por el Derecho primario de la UE. Reparación significa devolver a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no hubiera habido infracción. Por consiguiente, incluye la reparación no solo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses. Se entiende por daño emergente la disminución del patrimonio de una persona; lucro cesante significa que no se ha producido el incremento de ese patrimonio que se habría producido sin la infracción. Véase el trabajo de SORIANO HINOJOSA, A.: “De la tradicional inarbitrabilidad del Derecho de la competencia a su paulatina aceptación general”. *Revista La Ley*. Núm. 31. Fecha de publicación: 31 de noviembre de 2015.

²⁷⁶ Apartado 11 de su Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

²⁷⁷ Como veremos con mayor análisis en el Capítulo V

Dentro de sus respectivos marcos jurídicos, los legisladores y los órganos jurisdiccionales han adoptado a menudo planteamientos pragmáticos a la hora de determinar el importe que se concederá por daños y perjuicios, por ejemplo, estableciendo presunciones. La atribución de la carga de la prueba, por ejemplo, puede cambiar una vez que una parte ha aportado cierta cantidad de hechos y pruebas. La legislación de los Estados miembros también puede disponer que el beneficio ilícito obtenido por la empresa o empresas infractoras desempeñe un papel -ya sea directa o indirectamente- al estimar el daño sufrido por las partes perjudicadas.

Así, el objetivo de la Guía práctica será más bien poner a disposición de órganos jurisdiccionales y partes en las demandas por daños y perjuicios indicaciones económicas y prácticas que puedan ser de utilidad al aplicar las normas y prácticas nacionales.

Para ello, la Guía da indicaciones sobre el perjuicio causado por prácticas contrarias a la competencia prohibidas por el Tratado e información sobre los principales métodos y técnicas disponibles para cuantificarlo. Estas orientaciones pueden ayudar al demandante a presentar alegaciones factuales al tribunal relativas al importe de los daños alegados y puede asistir al demandado al defender su posición frente a las alegaciones del demandante.

Las *Directrices relativas a las restricciones verticales* establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁷⁸ y son un incentivo a la transparencia desde el momento en que la Comisión al publicar estas Directrices, la Comisión pretende ayudar a las empresas a que realicen su propia evaluación de los acuerdos verticales con arreglo a las normas de competencia de la UE²⁷⁹.

De igual forma, *las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*²⁸⁰, tienen como objetivo ofrecer un marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales; abarcan los acuerdos de investigación y desarrollo,

²⁷⁸ A partir del 1 de diciembre de 2009, los artículos 81 y 82 del Tratado CE se sustituyen por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

²⁷⁹ Véase punto 3 de las Directrices sobre acuerdos verticales

²⁸⁰ En adelante «Directrices sobre acuerdos horizontales».

los acuerdos de producción, incluidos los de subcontratación y especialización, los acuerdos de compra, los acuerdos de comercialización, los acuerdos de estandarización, incluidos los contratos estándar, y el intercambio de información²⁸¹, en respuesta a la enorme diversidad de los tipos de cooperación horizontal y de sus combinaciones, así como de las condiciones de mercado imperantes.

Respecto a la labor del Derecho suave para la lograr mayor transparencia en los procedimientos de Defensa de la competencia resueltos en el ámbito de la Comisión y con miras a auto limitar su margen discrecional, la *comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE* al igual que la *Comunicaciones de la Comisión sobre el acceso a los expedientes y la comunicación para tramitación de las denuncias*, pretenden incrementar la comprensión del proceso investigador llevado a cabo por la Comisión y aumentar así la eficiencia de las investigaciones y garantizar un elevado nivel de transparencia y previsibilidad en el proceso²⁸².

El propósito principal de esta comunicación es ofrecer orientaciones prácticas sobre el desarrollo, en la Comisión Europea, de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de conformidad con el Reglamento 1/2003, su Reglamento de Desarrollo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸³.

A este respecto, con la comunicación se pretende incrementar la comprensión del proceso investigador llevado a cabo por la Comisión y aumentar así la eficiencia de las investigaciones y garantizar un elevado nivel de transparencia y previsibilidad en el

²⁸¹ Este marco se basa fundamentalmente en criterios jurídicos y económicos que ayudan a analizar los acuerdos de cooperación horizontal y su contexto. Ciertos criterios económicos como el del poder de mercado de las partes, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados, constituyen un elemento clave para la evaluación de los efectos que un acuerdo de cooperación puede producir en los mercados y, por consiguiente, para su evaluación a la luz del artículo 101.

²⁸² Apartado 1 de la Comunicación.

²⁸³ Los procedimientos de infracción contra Estados miembros, basados en particular en el artículo 106 del TFUE leído en relación con los artículos 101 y 102 del TFUE, no entran dentro del ámbito de la presente Comunicación, que tampoco es de aplicación a efectos de los procedimientos desarrollados en virtud del Reglamento de concentraciones o los procedimientos sobre ayudas estatales. (Párrafo número 2 de la Comunicación)

proceso. La comunicación abarca los principales procedimientos sobre supuestas infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE²⁸⁴.

El mismo texto de la comunicación muy bien determina su alcance en estos términos: *«esta Comunicación no debe considerarse una relación exhaustiva de todas las medidas que rigen los procedimientos en la Comisión. Debe ser leída en relación con tales instrumentos²⁸⁵ y con toda la jurisprudencia pertinente»²⁸⁶*.

En cuanto a los efectos jurídicos dispone que *«esta comunicación no crea nuevos derechos u obligaciones ni altera los derechos o las obligaciones derivados del TFUE, el Reglamento 1/2003, el Reglamento de Desarrollo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»²⁸⁷*.

En ese sentido, el motivo está dado por la determinación de que el análisis económico juega un papel central en la Defensa de la Competencia. La economía como disciplina proporciona un marco para pensar en el funcionamiento particular de cada mercado y cómo las interacciones competitivas tienen lugar. En este marco es más fácil formular las posibles consecuencias de las fusiones acuerdos y simples conductas de las empresas.

En ciertos casos el análisis económico también puede proporcionar herramientas para identificar la dirección y la magnitud de los efectos empíricamente. En un gran número de

²⁸⁴ Alcance y propósito de la Comunicación. Párrafo número 1.

²⁸⁵ Las Comunicaciones de la Comisión sobre el acceso a los expedientes y la tramitación de las denuncias, así como el mandato del consejero auditor, son también pertinentes para el desarrollo de los procedimientos.

²⁸⁶ Alcance y propósito de la Comunicación. Párrafo números 3 y 4. Además *«la presente Comunicación se refiere exclusivamente a los procedimientos desarrollados por la Comisión para garantizar el cumplimiento de los artículos 101 y 102 del TFUE. No afecta a las autoridades nacionales de competencia cuando aplican tales disposiciones», y «tampoco aborda procedimientos específicos, por ejemplo, los relativos a la imposición de multas a empresas que hayan proporcionado información engañosa, rechazado someterse a inspección o roto los precintos colocados por agentes. Tampoco abarca las decisiones sobre medidas provisionales con arreglo al artículo 8 del Reglamento 1/2003 ni las decisiones de declaración de inaplicabilidad de conformidad con el artículo 10 del Reglamento 1/2003», por último, establece que «las investigaciones relativas a cárteles, según se definen en la Comunicación sobre Clemencia (12), también pueden estar sujetas a los procedimientos específicos relativos a las solicitudes de clemencia y a las transacciones (13). La presente Comunicación no abarca tales procedimientos específicos*

²⁸⁷ Alcance y propósito de la Comunicación. Párrafo número 7

casos, el análisis económico puede implicar la producción, manejo y evaluación de conjuntos voluminosos de datos cuantitativos, incluyendo, en su caso, el desarrollo de modelos econométricos²⁸⁸.

El presente documento formula las mejores prácticas relativas a la generación, así como la presentación de pruebas económicas y empíricas relevantes que puedan ser tenidas en cuenta en la evaluación de un caso relativo a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o en los casos de fusión.

La *comunicación sobre la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE*, fue publicada con objeto de ayudar a los órganos jurisdiccionales nacionales en su aplicación de los artículos 81 y 82 CE. No es vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales, ni afecta a los derechos y a obligaciones de los Estados miembros de la UE y de las personas físicas o jurídicas conforme al Derecho comunitario²⁸⁹.

Sin embargo, la *comunicación sobre la cooperación con la Red de Autoridades de Competencia*²⁹⁰ contiene una mención en la que se hace constar la existencia de

²⁸⁸ [La traducción es nuestra] Staff working paper. DG competition. “Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFUE and in merger cases”. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf. [En línea]

²⁸⁹ Apartado 42 de la Comunicación

²⁹⁰ El Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado crea un sistema de competencias concurrentes en que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Las autoridades nacionales de competencia y la Comisión forman conjuntamente una red de poderes públicos que actúan al servicio del interés público y cooperan estrechamente para proteger la competencia. La red es un foro de discusión y cooperación para la aplicación y el control del cumplimiento de la política comunitaria de competencia. Proporciona un marco para la cooperación de las autoridades europeas de competencia en los asuntos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y constituye la base para crear y mantener una cultura común de competencia en Europa. Esta red se denomina "Red Europea de Competencia" (REC). En todos los países de la UE existen autoridades nacionales de competencia con la potestad de hacer cumplir las normas de competencia de la UE. Pueden ordenar que cesen los acuerdos y las prácticas que restringen la competencia y multar a las empresas que hayan vulnerado el Derecho europeo en la materia. Estas autoridades intercambian información útil con la Comisión acerca de la aplicación de la normativa europea. Los intercambios se realizan a través de la Red Europea de Competencia. La red ayuda a determinar la autoridad competente en cada caso, así como las autoridades que pueden prestar asistencia. [En línea] Véase http://ec.europa.eu/competition/consumers/cooperation_es.html.

declaraciones de las autoridades de competencia de los Estados miembros según las cuales éstas reconocen los principios de dicha Comunicación y se comprometen a respetarlos.

En el apartado 72 de la comunicación sobre cooperación con la REC, se dispone cuanto sigue: *«los principios expuestos en esta Comunicación serán respetados también por las autoridades de competencia de los Estados miembros firmantes de la declaración que figura como Anexo a la presente Comunicación. En dicha declaración reconocen los principios de la presente Comunicación -incluidos los relativos a la protección de las personas que soliciten acogerse a un programa de clemencia- y se comprometen a respetarlos. En el sitio Internet de la Comisión Europea figura una lista de estas autoridades, que se mantendrá actualizada».*

Con dicho compromiso, el alcance de esta comunicación, que en puridad es un instrumento de Derecho suave, se torna vinculante por medio de la declaración de compromiso de las autoridades de competencia de los Estados firmantes de la declaración, aunque el Tribunal de Justicia haya dicho que *el hecho de que las autoridades nacionales de competencia se han comprometido formalmente a respetar los principios enunciados en la Comunicación sobre la cooperación no modifica el valor jurídico, a la luz del Derecho de la Unión, de esta Comunicación, ni el del programa modelo sobre clemencia de la REC*²⁹¹.

5. Jurisprudencia de la Unión Europea: alcances y efectos del Derecho suave.

5.1. Acerca del carácter estrictamente no vinculante del Derecho suave y su función

En la sentencia *Comisión/Verhuizingen Coppens*²⁹², se hace alusión a que si bien las Directrices no tienen efectos vinculantes, éstas pueden orientar a los órganos jurisdiccionales de la Unión cuando ejercen su competencia jurisdiccional plena.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el significado de las directrices en el ámbito del control de las ayudas de Estado y ha declarado, *«que la Comisión puede imponer orientaciones para el ejercicio de sus facultades de apreciación*

²⁹¹ Sentencia TJ caso DHL Express (Italy) Srl, DHL Global Forwarding (Italy) SpA y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, apartado 43.

²⁹² Asunto C-441/11 P, apartado 80 y jurisprudencia citada.

mediante actos como las directrices, si los citados actos contienen reglas indicativas acerca de la orientación que debe seguir la citada Institución y no se separan de las reglas del Tratado»²⁹³.

En igual sentido, dispuso que si bien las Directrices no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato²⁹⁴.

El Tribunal de Justicia, en la *sentencia Pfleiderer*²⁹⁵ declaró que ni la Comunicación sobre la cooperación ni la Comunicación de la Comisión de clemencia son imperativas para los Estados miembros. Expreso además que:

a) En el ámbito de la REC, en el año 2006, también se ha elaborado y adoptado un programa modelo sobre clemencia, que pretende armonizar determinados elementos de los programas nacionales en la materia. No obstante, dicho programa modelo tampoco tiene efectos imperativos ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Por lo tanto, aun cuando las orientaciones expresadas por la Comisión puedan influir en la práctica de las autoridades nacionales de competencia, a falta de una normativa imperativa de Derecho de la Unión en esta materia, corresponde a los Estados miembros establecer y aplicar las normas nacionales sobre el derecho de acceso de las personas perjudicadas por un cártel a los documentos de los procedimientos de clemencia²⁹⁶.

b) Sin embargo, si bien el establecimiento y aplicación de dichas normas es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercerla respetando el Derecho

²⁹³ Sentencia TJ Italia/Comisión, apartado 37.

²⁹⁴ Véanse la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, apartado 209, y la jurisprudencia citada, y la sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2008, Carbone-Lorraine/Comisión, T-73/04, apartado 70.

²⁹⁵ Asunto C-360/09, apartado 21

²⁹⁶ Apartado 22

de la Unión²⁹⁷. En particular, no pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la ejecución de la normativa de la Unión²⁹⁸ y, específicamente en el ámbito del Derecho de la competencia, deben velar por que las normas que establecen o aplican no menoscaben la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE²⁹⁹

En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que el programa de clemencia establecido por la Comisión, mediante la Comunicación sobre clemencia, no es imperativo para los Estados miembros³⁰⁰. Esta constatación es aplicable igualmente al programa modelo sobre clemencia de la REC³⁰¹ y por tanto deben interpretarse en el sentido de que los instrumentos adoptados en el ámbito de la REC, en particular el programa modelo sobre clemencia de la REC, no tienen efectos imperativos para las autoridades nacionales de competencia³⁰².

Las *sentencias Polska Telefonia Cyfrowa*³⁰³ y *Expedia*³⁰⁴, señalaron que tanto las Comunicaciones sobre clemencia se publicaron en la serie C del Diario Oficial de la Unión Europea, la cual, al contrario que la serie L de éste, no tiene por objeto publicar actos jurídicamente vinculantes, sino sólo informaciones, recomendaciones y dictámenes relativos a la Unión.

²⁹⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 12 de noviembre de 2009, Comisión/España, C-154/08, apartado 121 y jurisprudencia allí citada.

²⁹⁸ Véase, en tal sentido, la sentencia de 16 de julio de 1998, Oelmühle y Schmidt Söhne, C-298/96, apartados 23 y 24 y jurisprudencia citada.

²⁹⁹ Véase la sentencia VEBIC, C-439/08, apartado 57.

³⁰⁰ Sentencia Kone y otros, C-557/12, apartado 36.

³⁰¹ Sentencia DHL Express (Italy) Srl, DHL Global Forwarding (Italy) SpA y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, apartado 42.

³⁰² Sentencia DHL Express (Italy) Srl, DHL Global Forwarding (Italy) SpA y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, apartado 44.

³⁰³ Asunto C-410/09, apartado 35.

³⁰⁴ Asunto C-226/11, apartado 30.

En las sentencias *Comisión/Siemens Österreich y otros y Siemens Transmission and Distribution y otros/Comisión*³⁰⁵; *Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión*³⁰⁶, y *Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*³⁰⁷, se resalta la idea de que el Tribunal de Justicia no está vinculado por las normas de carácter indicativo definidas por la Comisión en sus directrices sobre el cálculo de multas.

En igual sentido, la *sentencia DHL Express (Italy) Srl, DHL Global Forwarding (Italy) SpA y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*³⁰⁸, ha inferido por tanto que las Comunicaciones citadas precedentemente no pueden imponer obligaciones a los Estados miembros.

Como veremos más adelante, pese a las divergencias del Tribunal de Justicia, el Derecho suave tiene otras funciones en el plano del Derecho además de su carácter indicativo u orientador, por lo cual inclinamos a la teoría del carácter vinculante del Derecho suave en contraposición a la teoría de su carácter orientativo, por las razones que señalaremos a continuación.

5.2. Los efectos jurídicos del Derecho suave de la competencia según la jurisprudencia de la Unión.

5.2.1. Transparencia y previsibilidad

Aunque los instrumentos de Derecho suave no sean de carácter vinculante, en sentido estricto, la comunicación de clemencia tiene un importante rol, al establecer de manera transparente, normas y procedimientos que permiten a los solicitantes de clemencia prever el tratamiento que recibirán por parte de la Comisión. Esa transparencia y previsibilidad, es necesaria para que el programa de clemencia de la Comisión funcione en la práctica, ya que

³⁰⁵ Asunto C-231/11 P a C-233/11 P, apartados 53 y 56.

³⁰⁶ Asunto C-580/12 P, apartado 75.

³⁰⁷ Asunto C-434/13 P, apartado 77.

³⁰⁸ Asunto C-428/14, apartado 35.

la incertidumbre en lo que respecta a la forma en que serán tratados por la Comisión podría desalentar a los posibles solicitantes³⁰⁹.

La adopción de ciertas orientaciones puede constituir, incluso, la expresión de un deseo de buena administración. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 6 de abril de 2000, *España/Comisión*³¹⁰, en relación con las Orientaciones de la Comisión, de 15 de octubre de 1997, referentes a las correcciones financieras netas en el marco de la aplicación del artículo 24 del Reglamento (CEE) n. 4253/88 del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n. 2052/88, en lo relativo, por una parte, a la coordinación de las intervenciones de los Fondos estructurales y, por otra, de éstas con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, *«dichas orientaciones internas contribuyen a garantizar que, cuando la Comisión toma decisiones en aplicación [del artículo 24 del Reglamento de coordinación], los Estados miembros o las autoridades por ellos designadas reciban, en situaciones comparables, un trato idéntico. Asimismo, tales orientaciones pueden reforzar la transparencia de las decisiones individuales dirigidas a los Estados miembros»*.

La Comisión adoptó, en aras de la transparencia, directrices en las que indicaba en qué concepto tendría en cuenta unas u otras circunstancias de la infracción y las consecuencias que esto supondría para el importe de la multa. Se trata de una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse, de la que no puede apartarse la Comisión en un determinado caso sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato³¹¹.

³⁰⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. JÁN MAZÁK presentadas el 16 de diciembre de 2010, Asunto C-360/09, Pfeleiderer AG contra Bundeskartellamt, apartado 32

³¹⁰ Asunto C-443/97. Apartado 22.

³¹¹ Sentencias Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, asunto C-397/03 P, apartado 91, y Chalkor/Comisión, asunto C-386/10 P, apartados 59 y 60.

5.2.2. Autolimitación de la discrecionalidad de la Comisión

En su sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*³¹², el Tribunal de Justicia dispuso que al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas, la Comisión se auto limita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima³¹³.

En la referida sentencia, decía el Tribunal de Justicia que, si bien las Directrices no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato³¹⁴.

Además, hay que recordar que, según la misma jurisprudencia, las Directrices determinan de un modo general y abstracto la metodología que la Comisión se ha obligado a seguir para determinar el importe de las multas impuestas en virtud del artículo 15 del Reglamento nº 17. Esas Directrices, en cuya redacción la Comisión recurrió en especial a criterios definidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, garantizan, por consiguiente, la seguridad jurídica de las empresas³¹⁵.

Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que la colaboración prestada por una empresa a la Comisión puede justificar que se reduzca la multa, con arreglo a lo dispuesto en la Comunicación sobre clemencia, si permite efectivamente que la Comisión cumplimente su labor de apreciar la existencia de la infracción y de ponerle fin. La empresa que colabora con la Comisión de acuerdo con lo previsto en la Comunicación sobre

³¹² Apartado 211, y la jurisprudencia allí citada.

³¹³ En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, asunto T-216/13, Telefónica, S.A, apartado 237.

³¹⁴ Apartado 209, y la jurisprudencia allí citada.

³¹⁵ Véase en ese sentido la sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, apartado 213.

clemencia concibe la expectativa legítima de que su multa se verá reducida en un determinado tanto por ciento³¹⁶.

En la sentencia *Comisión/Verhuizingen Coppens*, se hace alusión a que, si bien las Directrices no tienen efectos vinculantes, éstas pueden orientar a los órganos jurisdiccionales de la Unión cuando ejercen su competencia jurisdiccional plena.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el significado de las directrices en el ámbito del control de las ayudas de Estado y ha declarado, «*que la Comisión puede imponer orientaciones para el ejercicio de sus facultades de apreciación mediante actos como las directrices, si los citados actos contienen reglas indicativas acerca de la orientación que debe seguir la citada Institución y no se separan de las reglas del Tratado*».

En igual sentido, dispuso que si bien las Directrices no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato.

En definitiva, la Comisión está obligada a respetar los criterios contenidos en sus comunicaciones y que cabe interponer ante el Tribunal recurso de anulación contra una decisión de la Comisión contraria a tales criterios, invocando el principio de seguridad jurídica y su manifestación más concreta, que es el principio de confianza legítima de los administrados frente a la actuación de la Administración, principio procedente del Derecho administrativo alemán que ha sido acogido por la jurisprudencia europea³¹⁷.

³¹⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. JÁN MAZÁK presentadas el 16 de diciembre de 2010, Asunto C-360/09, Pfeiderer AG contra Bundeskartellamt, apartado 32

³¹⁷ Tal como fuera desarrollado en el capítulo II, apartado sobre la impugnabilidad del Derecho suave.

5.2.3. El deber de motivación de la Comisión en caso de que decida apartarse de su propio Derecho suave

Respecto a este punto y tal como hemos ya señalado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha añadido que³¹⁸, al emitir instrumentos de Derecho suave, la Comisión se no puede alejarse de esas pautas sin motivación. En otro caso, habría que sancionarla por violación de principios jurídicos, como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima.

El el Tribunal de Justicia ha reiterado esta jurisprudencia en su sentencia de 18 de julio de 2013, **Schindler Holding y otros contra Comisión**³¹⁹ y más recientemente en su sentencia de 26 de enero de 2017, en el Asunto **Mamoli Robinetteria SpA contra Comisión**, recordó nuevamente en sus apartados 51, 54 y 55 los siguientes puntos:

«[...] por lo que respecta a la alegación en la que se critican los apartados 55 y 56 de la sentencia recurrida, según la cual el Tribunal General se equivocó al considerar que la Comisión era competente para adoptar la Comunicación de 2002 sobre la cooperación a la luz del artículo 15, apartado 2, del Reglamento N° 17, posteriormente artículo 23, apartado 2, del Reglamento N° 1/2003, es preciso señalar, en primer término, que el Tribunal de Justicia, en multitud de ocasiones, ha reconocido que la Comisión podía adoptar reglas de conducta indicativas, como las contenidas en la referida Comunicación de 2002, por las que dicha institución se autolimita en el ejercicio de la facultad de apreciación que se le otorga en virtud de los citados artículos (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P y C-213/02P, EU:C:2005:408, apartados 209, 211, 213 y 250, y de 18 de julio de 2013, Schindler Holding y otros/Comisión, C-501/11P, EU:C:2013:522, apartados 58 y 67 a69)

De lo anterior se deduce que el Tribunal General no incurrió en error de Derecho alguno al considerar, en los apartados 55 y 56 de la sentencia recurrida, que, de conformidad con el artículo 15, apartado 2, del Reglamento

³¹⁸ Sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/28 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 211; de 10 de diciembre de 1987, Del Plato y otros/Comisión (181/86 a 184/86, Rec. p. 4991), apartado 10; de 9 de octubre de 1984, Adam y otros/Comisión (80/81 a 83/81 y 182/82 a 185/82, Rec. p. 3411), apartado 22; y de 15 de enero de 2002, Libéros/Comisión (C-171/00 P, Rec. p. I-451), apartado 35

³¹⁹ C- 501/11 P. Apartados 58, 67 a 69

Nº 17, la Comisión podía adoptar la Comunicación de 2002 sobre la cooperación.

Por último, por los fundamentos de Derecho que figuran en los apartados 51 a 54 de la presente sentencia, procede desestimar la alegación en la que se critica el apartado 57 de la sentencia recurrida —relativa al hecho de que la adopción por la Comisión de la Comunicación de 2002 sobre la cooperación viola el principio de separación de poderes— en la medida en que se basa esencialmente en la premisa de que la Comisión no disponía de base jurídica adecuada para dicha adopción».

No cabe, pues, excluir que, «bajo ciertos requisitos y en función de su contenido, dichas reglas de conducta de alcance general produzcan efectos jurídicos».

En este sentido, de la sentencia **CIRFS y otros/Comisión** se desprende que la Comisión también tiene que atenerse a las directrices que adopta. Este asunto trataba sobre la denominada disciplina de ayudas en el sector de las fibras sintéticas, la cual fue adoptada por los Estados miembros como medida apropiada con arreglo al artículo 88 CE, apartado 1. Pues bien, lo mismo se aplica a las directrices que adoptó la Comisión en su Comunicación sobre las ayudas de *minimis*³²⁰.

La publicación de las reglas de *minimis* contribuye, por una parte, a facilitar el procedimiento administrativo y, por otra, a la transparencia y la seguridad jurídica³²¹.

Para determinar el importe de la multa, la Comisión debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso singular y, en particular, la gravedad y la duración de la infracción, que son los dos criterios expresamente previstos por el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. Cuando una infracción ha sido cometida por varias empresas, la Comisión debe examinar la gravedad relativa de la participación en la infracción de cada una de ellas, a fin de determinar si existen respecto a ellas circunstancias agravantes o atenuantes. Los puntos 2 y 3 de las Directrices, de las que la Comisión no puede apartarse,

³²⁰ Sentencia Italia/Comisión, apartado 40.

³²¹ Sentencia Italia/Comisión, apartado 41.

prevén una modulación del importe de base de la multa en función de determinadas circunstancias agravantes y atenuantes, que son propias de cada empresa afectada³²².

En efecto, el Tribunal de Justicia precisó³²³, que *«las Directrices, de las que el Tribunal de Justicia ha afirmado que establecen una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Comisión no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato, se limitan a describir el método de examen de la infracción adoptado por la Comisión y los criterios que ésta se obliga a tener en cuenta para fijar el importe de la multa»*. En este contexto, *«la obligación de motivación de los actos de la Unión [...] reviste especial importancia. Corresponde a la Comisión motivar su decisión y, en particular, explicar la ponderación y la evaluación que hizo de los elementos que tuvo en cuenta [...]». El juez debe comprobar de oficio que la decisión presente una motivación»*³²⁴

Cuando la Comisión decide apartarse de la metodología general expuesta en las Directrices para el cálculo de multas, mediante las cuales dicha institución se ha auto limitado en el ejercicio de su facultad de apreciación respecto a la fijación del importe de las multas, basándose, en el punto 37 de las citadas Directrices, esas exigencias de motivación son aún más necesarias³²⁵.

Esta motivación ha de ser tanto más precisa cuanto que el punto 37 de las Directrices se limita a una vaga referencia a «las características específicas de un determinado asunto» y, por tanto, deja un amplio margen de apreciación a la Comisión para proceder, a una adaptación excepcional de los importes de base de las multas de las empresas afectadas. En

³²² Véanse los apartados 188 a 194 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 2008, Asunto T 73/04. Le Carbone-Lorraine contra Comisión.

³²³ Sentencia Chalkor/Comisión, apartado 60.

³²⁴ Sentencia Chalkor/Comisión, apartado 61.

³²⁵ A este respecto, procede recordar la reiterada jurisprudencia que ha declarado que las Directrices establecen una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Comisión no puede apartarse, en un determinado caso, sin manifestar razones que sean compatibles, en particular, con el principio de igualdad de trato (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Quinn Barlo y otros/Comisión, C-70/12 P, no publicada, EU:C:2013:351, apartado 53, y de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión, C-439/11 P, EU:C:2013:513, apartado 60 y jurisprudencia citada).

efecto, en tal caso, el respeto por parte de la Comisión de las garantías que otorga el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos, entre ellas la obligación de motivación, reviste una importancia tanto más fundamental³²⁶.

Por tanto, aunque la Comisión esté obligada a respetar el principio de protección de la confianza legítima cuando aplica las reglas indicativas que se ha impuesto, este principio no puede vincular en los mismos términos a los órganos jurisdiccionales de la Unión en la medida en que éstos no pretenden aplicar un método de cálculo específico de las multas en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, sino que examinan en cada caso las situaciones que se les plantean teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho y de Derecho que concurren en ellas³²⁷.

Conforme a esta línea de razonamiento, la Comisión únicamente podría inaplicar los criterios contenidos en sus comunicaciones en situaciones excepcionales, es decir, cuando se presentarán circunstancias totalmente nuevas e imprevistas en los instrumentos de Derecho suave. En tal caso, la Comisión debería justificar muy claramente esas nuevas circunstancias y aportar una motivación detallada

6. A modo de conclusión del Capítulo III.

Respecto a las Directrices para el cálculo de multas, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³²⁸ se desprende que si bien es cierto que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento

³²⁶ Sentencia del Tribunal General, asunto T-95/15, apartados 48 y 49. De ello resulta que, en el presente caso, la Comisión estaba obligada a explicar de manera suficientemente clara y precisa de qué modo pretendía hacer uso de su facultad de apreciación, incluidos los diferentes elementos de hecho y de Derecho que había tomado en consideración a tal efecto. En particular, habida cuenta de su obligación de respetar el principio de igualdad de trato al fijar los importes de las multas, que las demandantes le reprochan haber infringido en perjuicio de ellas (tal como aducen mediante su segundo motivo), ese deber de motivación engloba el conjunto de elementos pertinentes necesarios para poder apreciar si las empresas afectadas, a las que se aplicó una adaptación de los importes de base de sus multas, se hallaban en situaciones comparables o no, si dichas situaciones fueron tratadas de manera igual o desigual y si un eventual trato igual o desigual de tales situaciones estaba objetivamente justificado (véase la sentencia de 12 de noviembre de 2014, Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, apartados 51 y 62 y jurisprudencia citada)

³²⁷ Sentencia Quinn Barlo y otros/Comisión, apartado 53 y Sentencia del Tribunal General, asunto T-82/13, Panasonic Corp.

³²⁸ Sentencias Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión, C-580/12 P, apartado 55, así como LG Display y LG Display Taiwan/Comisión, C-227/14 P, apartado 51.

nº 1/2003 deja a la Comisión un margen de apreciación, no lo es menos que limitar su ejercicio estableciendo criterios objetivos que ésta debe respetar. Así, por una parte, el importe de la multa que puede imponerse a una empresa está sujeto a un límite cuantificable y absoluto, de modo que es posible determinar de antemano el importe máximo de la multa con que puede sancionarse a una empresa concreta. Por otra parte, el ejercicio de esa facultad de apreciación está limitado también por las normas de conducta que la propia Comisión se ha impuesto a sí misma, en particular las Directrices para el cálculo de las multas³²⁹.

El Tribunal de Justicia ha dicho que las directrices en general, no son fuente de la legalidad comunitaria en sentido estricto. Como en reiteradas ocasiones ha manifestado el Tribunal de Justicia³³⁰, la Comisión puede imponerse orientaciones para el ejercicio de sus facultades de apreciación mediante actos como las directrices, siempre que incluyan reglas indicativas para su comportamiento, que no se separen del Tratado y que contribuyan a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de su actuación; aunque no vinculan al Tribunal de Justicia, representan una herramienta útil en su hilo argumental.

En particular, respecto al efecto jurídico del Derecho suave, la Comisión aclara a los Estados miembros en qué casos no se necesita notificar una medida con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3. Sólo se alcanza dicho objetivo cuando la propia Comisión está vinculada por la regla. Por consiguiente, la Comisión no dispone de margen de discreción sobre si se aplica o no la regla. Por el contrario, debe respetar el ámbito de aplicación de dichas directrices, tal como se define en la Comunicación de *minimis*³³¹.

Finalmente, según la sentencia de 18 de noviembre de 2004, *Ferriere Nord SpA c/ Comisión*³³²—ratificada por el Tribunal de Justicia en casación y recientemente confirmada

³²⁹ Sentencia Italia/Comisión, apartado 52. Véase, asimismo, la sentencia Alemania/Comisión, apartado 62

³³⁰ Sentencias de 24 de marzo 1993, CIRFS y otros/Comisión (C-313/90), apartados 34 y 36; de 5 de octubre de 2000, Alemania/Comisión (C-288/96), apartado 62; de 7 de marzo de 2002, Italia/Comisión (C-310/99), apartado 52; y de 4 de julio de 2000, Comisión/Grecia (C-387/97), apartados 87 y 89

³³¹ Sentencia Italia/Comisión, apartado 41.

³³² Asunto T-176/01

por la *sentencia Freistaat Sachsen*-, el Tribunal General señala que: «*en efecto, la Comisión está vinculada por las directrices y las comunicaciones que adopta en materia de control de las ayudas de Estado en la medida en que no se aparten de las normas del Tratado y sean aceptadas por los Estados miembros*³³³ y por consiguiente, los interesados pueden fundadamente acogerse a las mismas y el órgano jurisdiccional deberá comprobar si la Comisión ha respetado las exigencias que ella misma se había impuesto al adoptar la Decisión impugnada».

De este modo, mediante un pronunciamiento histórico para la seguridad jurídica de los Estados miembros y de los operadores económicos, el TG confirmó el carácter vinculante *ad intra*, es decir, para autovincular a la Comisión del contenido de sus disciplinas sectoriales y, por tanto, son perfectamente impugnables las decisiones dictadas en contravención de los criterios en ellas contenidos, en vía directa, mediante la interposición del recurso de anulación³³⁴.

Como veremos en el Capítulo V, en España sucede lo mismo, el Tribunal Supremo ha confirmado en su célebre sentencia del 29 de enero de 2015 que la comunicación de cuantificación de sanciones de la extinta Comisión Nacional de Competencia, no tiene efectos vinculantes *ad extra*, tal como lo sostiene reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando niega al Derecho suave de la calificación de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración.

Sin embargo, a pesar de no tener efecto vinculante *ad extra*, como bien distingue el Supremo español, mantiene indirectamente los efectos vinculantes *ad intra* del Derecho suave, es decir, efectos vinculantes para con la Comisión y con la autoridad de competencia que lo dictó.

Como vamos viendo, pese a las enfáticas declaraciones coram populo de la falta de efectos vinculantes expresa, realmente de una manera continuada, el Tribunal de Justicia, sin desmentir totalmente tales afirmaciones, resulta que al final matiza, excepciona y delimita

³³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2002, España/Comisión, C-351/98, apartado 53

³³⁴ Véase PERES RIVARES, Juan Antonio: *Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas de estado*. Revista electrónica de Estudios Internacionales. Número 21, junio 2011.

de tantas maneras la eficacia del denominado Derecho suave, que no puede negarse que sí tiene efectivamente lo que hemos llamado en la parte primera de esta tesis doctoral como un efecto “quasivinculante”, el cual, recordamos, se produce caso por caso y se aplica como un “efecto medida”, cuya consecuencia primera es la de no poder apartarse del mismo sin una justificación suficiente que permita una motivación motivada, la cual a su vez se constituirá en precedente de una nueva línea de conducta, que implique una modificación de la regla establecida en el Derecho suave.

Y es que, didácticamente, quizás sea posible hacer esa distinción de efectos *ad intra* y *ad extra*, pero muy difícilmente podrá afirmarse que exista un muro, un valladar completo entre las dos caras de esta moneda. El efecto *ad intra* pugnará por salir al exterior, so pena de provocarse en el órgano decisorio una incongruencia lógica absolutamente insoportable. Si *ad intra* se dispone de efectos vinculados directamente al Derecho suave, so pena de quebrar la lógica del razonamiento jurídico, *ad extra* tendrá que tener también sus efectos. Reiteramos pues nuestra posición de que nos encontramos en una fase transicional en la que ese Derecho suave va creciendo y paulatinamente va consiguiendo, primero vía interpretación y después ya en la propia aplicación de la norma los efectos correspondientes.

TABLA DE INSTRUMENTOS DE DERECHO SUAVE– ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA			
DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA			
DERECHO SUAVE			
DOCUMENTOS NO REGULATORIOS <i>según nomenclatura de la Comisión</i>			
Enumeración	Tipo de instrumento según nomenclatura utilizada por la Comisión	Fuente de consulta y versiones modificadas	Referencia final
<i>Comunicaciones de la Comisión</i>			
1	Comunicación sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE. <i>Commission Notice on the best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU</i>	2011/C308/06	Comunicación sobre buenas prácticas
2	Comunicación sobre la cooperación con la Red de Autoridades de Competencia. <i>Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities</i>	DOUE N° C 101 de 27/04/2004	<i>Comunicación de cooperación con la Red</i>
3	Comunicación sobre la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE. <i>Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC</i>	DOUE n° C 101 de 27/04/2004	Comunicación de cooperación con los órganos jurisdiccionales
4	Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia <i>Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law.</i>	DOUE N° C 372 de 09/12/1997	Comunicación que define el Mercado de referencia
5	Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1 ³³⁵ , del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de <i>minimis</i>) <i>Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis)</i>		Acuerdos de menor importancia “Comunicación de <i>minimis</i> ”
6	Comunicación sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. <i>Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty</i>	DOUE 101 de 27 de abril de 2004	Comunicación de tramitación de denuncias
7	Modificación de la comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo	2015/C 256/03	Acceso al expediente de la Comisión

³³⁵ El artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

	EEE, y Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo <i>Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004.</i>		
8	Comunicación de la comisión al parlamento europeo, Parlamento y el consejo: Diez años de aplicación de la legislación antimonopolio en virtud del reglamento 1/2003: Logros y perspectivas futuras <i>Communication from the commission to the European Parliament and the council: Ten years of antitrust enforcement under regulation 1/2003: Achievements and future perspectives</i>		Diez años de aplicación de la legislación antimonopolio
9	Comunicación sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo en casos de cártel (modificada en el año 2015) <i>Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation 1/2003/EC in cartel cases</i> , Modifica la comunicación sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel y la comunicación sobre la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE. <i>Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC</i>		Comunicaciones sobre procedimientos de transacción para los cárteles
10	Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, modifica la comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DO C 298 de 8 de diciembre de 2006). <i>Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases</i>	Modificada en el año 2015, (2015/C 256/01)	“Comunicación de Clemencia”.
11	Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) <i>Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters)</i>	DOUE N° C 101 de 27/04/2004	Cartas de orientación

Directrices de la Comisión			
Nº 1 ³³⁶	Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado. <i>Commission Notice: Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty</i>	DOUE C 101 de 27.4.2004	Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio
Nº 2	Directrices para el cálculo de multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento 1/2003 (DOUE C 210/2, de 1 de septiembre de 2006). <i>Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation 1/2003/EC</i>		Directrices para el cálculo de multas
Directrices Referentes a la aplicación del artículo 81 a diversos tipos de acuerdos y prácticas concertadas	Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal		Directrices sobre acuerdos horizontales
	Directrices relativas a las restricciones verticales		Directrices sobre acuerdos verticales
	Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología	2014/C 89/03	Directrices sobre acuerdos de transferencia de tecnología
	Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado ³³⁷ <i>Commission Notice: Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.</i>	DOUE nº C 101 de 27/04/2004 o (2004/C 101/08)	Directrices sobre las condiciones de exención
Guías de la Comisión			
Nº 1 ³³⁸	Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. <i>Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying</i>	DOUE C 45/7, de 24 de febrero de 2009	Guía sobre abuso de posición dominante

³³⁶ El concepto de «efecto sobre el comercio» es el criterio de competencia que determina la aplicabilidad de las normas de competencia de la Unión Europea (UE). Es especialmente importante en el nuevo régimen de aplicación de estas normas, que obliga a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades nacionales a aplicar las normas de competencia de la UE a todos los acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre los países de la UE. En este contexto, estas directrices, que resumen la abundante jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la UE, clarifican la aplicación de estas normas para las autoridades y las empresas

³³⁷ El apartado 3 del artículo 81 del Tratado establece una norma de excepción a la que pueden acogerse las empresas en caso de determinarse que existe una infracción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado. Los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas contempladas en el apartado 1 del artículo 81 que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo gozarán de validez y vigencia sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

³³⁸ La Comunicación proporciona una orientación exhaustiva a la comunidad empresarial ya los responsables de la aplicación del Derecho de la competencia a nivel nacional sobre la forma en que la Comisión utiliza un enfoque económico y basado en los efectos para establecer sus prioridades de observancia en virtud del artículo 102 del TFUE.

	<i>Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings</i>		
	Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – Guía práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE (la «Guía práctica»).	(2013/C 167/07)	Guía sobre cuantificación por demandas de daños y perjuicios
Manual de buenas prácticas			
	Manual de buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos de control de concentraciones, publicado el 20 de enero de 2004 por la Dirección General de Competencia. <i>Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFUE and in merger cases</i>		
	Mejores Prácticas en materia de divulgación de información de datos en los procedimientos previstos en los artículos 101 y 102 del TFUE y en el Reglamento comunitario de concentraciones <i>Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation</i>		
Derecho suave de la Dirección General de Competencia			
	Documento de orientación informal de la DG Competencia sobre reclamaciones de confidencialidad <i>DG Competition informal guidance paper on confidentiality claims</i>		Orientación informal sobre confidencialidad
Instrumentos de promoción de la competencia de la Red Europea de Competencia³³⁹, denominados “Recomendaciones sobre los principales poderes de investigación y toma de decisiones”³⁴⁰			
1	Recomendaciones de la REC sobre los poderes de Investigación, Medidas de Ejecución y Sanciones en el Contexto de Inspecciones y Solicitudes de Información.	Diciembre 2013 Disponibles en http://ec.europa .	
2	Recomendaciones de la REC sobre el poder de recolectar evidencia digital		
3	Recomendaciones de la REC para la asistencia en las inspecciones realizadas con arreglo al artículo 22, apartado 1, del Reglamento (CE) no 1/2003		

³³⁹ La REC ha respaldado las siguientes Recomendaciones sobre los principales poderes de investigación y toma de decisiones. Estas Recomendaciones están destinadas a ser utilizadas como herramientas de promoción ante los formuladores de políticas. Ellos expusieron la posición de la ECN sobre las autoridades de poder que la Red debería tener en su caja de herramientas de competencia. (diciembre 2013)

³⁴⁰ La REC aclara que estos documentos no crean derechos u obligaciones legales y no dan expectativas legítimas por parte de cualquier empresa o terceros. El contenido de los mismos, no son vinculante ni reflejan ninguna interpretación oficial o vinculante de normas procesales o la práctica de cualquier autoridad.

4	Recomendaciones de la REC sobre la facultad de establecer prioridades	eu/competition/e cn/documents.ht ml	
5	Recomendación de la REC sobre medidas provisionales		
6	Recomendación de ECN sobre los procedimientos de compromiso		
7	Recomendación de la REC sobre la facultad de imponer remedios estructurales		

CAPITULO IV

EL DERECHO SUAVE ESPAÑOL EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. Introducción

La relación fluida y permeable entre un Derecho administrativo guardián de fuertes potestades –rigurosamente formalizado por ello- y un Derecho menos formal que pretende abrir el cauce que no encuentran ciertas demandas y expectativas es la que sin duda explica el interés por el análisis de la existencia del Derecho suave en la doctrina y sistemática del Derecho administrativo³⁴¹ y especialmente, en el Derecho de la competencia.

Desde el punto de vista de los poderes públicos competentes para adoptar actos o instrumentos de Derecho suave, la regla general nos indica que todo poder público es competente para adoptar este tipo de disposiciones siempre que cuente con la competencia respectiva, constitucional o legalmente atribuida. Ello supone que la regla general de atribución de competencias territoriales, constitucionalmente prevista a partir de los artículos 148 y 149 Constitución Española, con el complemento de los Estatutos de Autonomía y el marco competencial respectivo de las Entidades Locales, resulta igualmente de aplicación para los actos e instrumentos de Derecho suave, en línea con lo que sucede igualmente con las disposiciones en general³⁴².

Resulta de suma interés el recorrido que ha seguido la tramitación de la ley 3/2013³⁴³, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (CNMC) y los primeros años de experiencia de la CNMC, lo cual ha contribuido al enriquecimiento de la investigación el hecho de que en el transcurso de la misma se haya producido la fusión de los organismos de Regulación Sectorial y de Defensa de la Competencia en España.

³⁴¹ Léase el prólogo de ESTEVE PARTDO, J. en SARMIENTO, D.: *El soft law administrativo. Op. Cit.* Pág. 18

³⁴² SARMIENTO, D.: *El soft law administrativo. Op. Cit.* Pág. 98

³⁴³ Ley 3/2013, de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE Núm. 134 de 5/06/2013), Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013) y Reglamento de Funcionamiento interno de la CNMC, del 4 de octubre de 2013.

Esto, debido a que tanto la regulación como la competencia buscan en definitiva lo mismo: *mercados eficientes que sirvan al interés general*. No podemos olvidar que la regulación se establece como mecanismo para tratar de solucionar los fallos del mercado.

La creación de la nueva entidad nos ha dado la posibilidad de reflejar los cambios experimentados en cuanto a la emisión y utilización del Derecho suave, abarcando además el estudio de los primeros instrumentos de Derecho suave dictados por la extinguida Comisión Nacional de Competencia (CNC).

En el presente Capítulo plasmamos la existencia del Derecho suave español en el ámbito de la competencia, con una breve referencia histórica a la autoridad de aplicación, haciendo un repaso del diseño institucional previo a la Ley 15/2007³⁴⁴ y a la fusión realizada por medio de la Ley 3/2013³⁴⁵, siguiendo en el siguiente capítulo con el análisis de la totalidad de los instrumentos de Derecho suave español en este ámbito siguiendo la misma metodología utilizada para el Capítulo III de la tesis doctoral, para luego hacer mención a la más reciente y relevante jurisprudencia de los Tribunales españoles respecto al alcance y efectos del Derecho suave.

2. La normativa en materia de Defensa de la competencia en España

Hay que señalar ineludiblemente la influencia que ha tenido la Unión Europea en las normas reguladoras de la Defensa de la Competencia. Así la aprobación de dos Reglamentos: uno, el Reglamento (CE) del Consejo 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, control comunitario de las prácticas restrictivas de la competencia y dos, el Reglamento (CE) del Consejo 139/2004, de 20 de enero de 2004, control comunitario sobre la concentración entre empresas han sido determinantes. De la misma manera, la aprobación

³⁴⁴ Ley de Defensa de la competencia.

³⁴⁵ Ley de creación de la CNMC. Adelantamos que en el preámbulo de la Ley de creación de la recientemente creada CNMC, se dispone «*que las funciones de Defensa de la Competencia recogidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se atribuyen íntegramente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta reforma no afecta al contenido sustantivo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, que permanece igual salvo en el esquema institucional de aplicación de la norma*». A lo que agrega «*debe subrayarse la atribución a la Dirección de Competencia de todas las funciones de instrucción recogidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, que, como actualmente, seguirán ejerciéndose manteniendo la unicidad, coherencia y el carácter horizontal de la normativa de defensa de la competencia*».

del Real Decreto 2295/2004 de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia ha sido trascendental para la aprobación de la ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa de la Competencia.

Tradicionalmente, el Derecho de la UE ha contado con un sistema administrativo indirecto donde las Administraciones nacionales son las encargadas de la aplicación del Derecho europeo. Se optó, de este modo, por no crear dos niveles administrativos sino una Administración indirecta. Así, en la mayoría de los casos se puede decir que la UE carece de un brazo ejecutivo o administrativo propio y utiliza las Administraciones nacionales para aplicar sus políticas. A pesar de ello, el Derecho Europeo de la Competencia constituye una excepción a esta regla general de Administración indirecta y es la Comisión la que tiene directamente un cuerpo de funcionarios inspectores encargados de aplicar las normas³⁴⁶.

2.1. Normativa vigente sobre competencia:

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia³⁴⁷ y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia³⁴⁸, la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia³⁴⁹ y el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia³⁵⁰.

³⁴⁶ PADRÓS REIG, C: “Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos ad extra de las autoridades de Defensa de la Competencia en el control de los cárteles”. Documentos de Trabajo. Serie Política de la Competencia. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo. Número 38/2013. Pág. 6

³⁴⁷ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, ley que ha sido parcialmente modificada tanto por la Ley de economía sostenible como por la Ley de creación de la CNMC. Respecto a las primeras modificaciones realizadas por el legislador español en 2011, véase mi artículo en coautoría con SORIANO GARCIA, José Eugenio publicado en la Gaceta jurídica de la UE: SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARTA GISELA. “Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía Sostenible en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia” en: VVAA. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia. Nº 22, 2011. Pp. 9-21.

³⁴⁸ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008

³⁴⁹ BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002

³⁵⁰ BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2004

Normativa aplicable al nuevo diseño institucional de la autoridad de competencia recientemente fusionada con los reguladores sectoriales en España: Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible³⁵¹, antecedente directo de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia³⁵² y Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia³⁵³.

Las funciones de Defensa de la Competencia recogidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se atribuyen íntegramente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la reforma institucional no afecta al contenido sustantivo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, que permanece igual salvo en el esquema institucional de aplicación de la norma.

3. La autoridad de competencia en España

3.1. Diseño institucional previo a la promulgación de la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la competencia.

El diseño institucional y el procedimiento para la aplicación de las normas de defensa de la competencia afecta considerablemente a la naturaleza de las decisiones que se adoptan, aludiendo en primer término que los principios rectores de un órgano de competencia son el bienestar del ciudadano – procurando el interés del mismo siempre- transparencia, no duplicación con otros órganos, buenas prácticas procesales, separación entre la instrucción y la decisión, buen equilibrio entre la economía y el Derecho, con oficinas respectivas en coordinación y, finalmente, un adecuado sistema de revisión judicial³⁵⁴.

³⁵¹ BOE núm. 55, de 05 de marzo de 2011

³⁵² BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013

³⁵³ BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013

³⁵⁴ Véase SORIANO GARCÍA, JOSE EUGENIO.: En su artículo “Adiós a la Comisión Nacional de Competencia”. El imparcial. Disponible en: <http://www.elimparcial.es/economia/adios-a-la-comision-nacional-decompetencia-125006.html> (Fecha de publicación: 25 de junio de 2014), parafraseando al Juez García Valdecasas en su ponencia realizada el 27 de junio de 2013, con alusión de las últimas jornadas de la CNC. El Juez García Valdecasas, añadía que, en los planes de actuación anuales, en la Memoria Anual, se

La presencia de autoridades administrativas en la materia es un hecho común en la Unión Europea y en sus Estados, pues sucede que el Estado ha dispuesto una serie de órganos para lograr el objetivo público de que la Defensa de la Competencia sea un cometido público esencial³⁵⁵ y por tanto, la credibilidad de todo el sistema *antitrust* en buena medida depende de la configuración institucional de las autoridades de defensa de la competencia³⁵⁶.

Mucho antes de que se iniciara la liberalización y regulación de sectores estratégicos se había promulgado la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta importante ley partía del encargo que el artículo 38 de la Constitución hace a los poderes públicos de proteger la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, con el convencimiento de que la libre concurrencia entre las empresas se traduce en un incremento del bienestar del conjunto de la sociedad³⁵⁷.

Hasta el año 2007, el sistema institucional básico de la autoridad de competencia en España partía del diseño establecido en la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963³⁵⁸, en donde existían dos autoridades de la competencia: *el Servicio de defensa de la Competencia* y *el Tribunal de Defensa de la Competencia*. El primero era la autoridad encargada, básicamente, de instruir los expedientes y formaba parte de la Administración del Estado, mediante su integración en el Ministerio correspondiente, últimamente el de Economía y Hacienda³⁵⁹.

podrá comprobar si es detallado y transparente el desempeño de todos y cada uno de los miembros de la nueva Comisión.

³⁵⁵ SORIANO GARCÍA, J. E: “*Derecho Público de la Competencia*”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1998

³⁵⁶ BERENGUER FUSTER, L.: “*Estructura institucional y procedimiento en la Ley de Defensa de la Competencia*”. En VVAA *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Ed Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 237- 266

³⁵⁷ MARÍN QUEMADA, José María: *La Comisión Nacional De Los Mercados Y La Competencia: Una nueva etapa para la competencia y la supervisión regulatoria en España*. Revistas ICE. Enero- febrero 2014. Número 876. Pág. 7-17.

³⁵⁸ Ley 110/1963, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. BOE número 175, de 23 de julio de 1963. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1963-14051

³⁵⁹ BERENGUER FUSTER, L.: “*Estructura institucional...* *Óp. Cit.* Pág. 238 y MARÍN QUEMADA, José María: *La Comisión Nacional De Los Mercados. Óp. Cit.* Pág. 9.

Por su parte, el Tribunal, que debe su nombre al hecho de que en la Ley de 1963 estaba configurado como órgano jurisdiccional a partir de la Constitución de 1978, y fundamentalmente en la Ley de 1989³⁶⁰, se configura como un órgano administrativo independiente del Gobierno, formando parte de la denominada «*administración independiente*», y es el órgano de la resolución de los expedientes.

La configuración del Tribunal de Defensa de la Competencia como organismo autónomo, que fue introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social³⁶¹.

Dichas administraciones independientes tienen existencia en el ordenamiento jurídico español desde 1980, año de promulgación de la Ley 15/1980, de 22 de abril, la cual calificó expresamente al Consejo de Seguridad Nuclear como ente de Derecho público independiente de la Administración del Estado³⁶². El primer trabajo dedicado a la materia en España ha sido el artículo de SALA ARQUER publicado en 1984³⁶³.

Según BETANCOR³⁶⁴, «*las administraciones independientes son administraciones que responden a dos características fundamentales: la independencia y la neutralidad; la*

³⁶⁰ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. La ley de 1989 establecía que el Tribunal de Defensa de la Competencia ejercía sus funciones con total independencia, y lo adscribía al Ministerio competente por razón de la materia, sin realizar ninguna especificación acerca de su naturaleza jurídica.

³⁶¹ Esta ley cambió el artículo 20 de la ley 1989 para dotar al Tribunal de personalidad jurídica, configurándolo como Organismo Autónomo con personalidad jurídica diferenciada y autonomía de gestión

³⁶² Artículo 1 de la Ley 15/1980, de 22 de abril

³⁶³ BETANCOR RODRIGUEZ, A: “*Las administraciones independientes*”. Ed. Tecnos, S.A. Madrid 1994. Pág. 23. En referencia a SALA ARQUER, J.M: “*El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes*”. Revista Española de Derecho Administrativo. Número 42. Año 1984. Págs. 401-422. Véase en este sentido también a PARADA VÁZQUEZ, J. R: “*Las administraciones independientes*”. En VVAA Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Pág. 653, en donde manifestaba el referido autor que, al lado de la Administración institucional común, constituida por una constelación de organismos personificados, pero sujetos política y jurídicamente al control del Gobierno, quien nombra y destituye libremente a sus gestores, el ordenamiento regula otras organizaciones especializadas con pretensiones de independencia política y jurídica. Fuera de nuestras fronteras estos organismos se han denominado «comisiones», «agencias», «autoridades» o «Administraciones independientes».

³⁶⁴ BETANCOR RODRIGUEZ, A: “*Las administraciones independientes... Óp. Cit. Pág. 25... Las administraciones independientes son la muestra elocuente de la búsqueda de una gestión pública neutralizada políticamente, e incluso de la búsqueda de otro tipo de legitimidad para la gestión pública: la*

independencia del Gobierno y la neutralidad política de su gestión. La primera es una característica estructural que sirve de garantía a la segunda la cual es de índole funcional. De acuerdo con la primera, las Administraciones independientes son entes de Derecho público dotados de un estatuto jurídico que pretende garantizar cierto grado de independencia del Gobierno y de la Administración del Estado. Con tal finalidad, su personal directivo no puede ser removido discrecionalmente, ni puede estar sometido a órdenes o instrucciones del Gobierno. En virtud de la segunda, son entes nacidos independientes para neutralizar la gestión que desarrollan».

La constitución no prohíbe, ni expresa ni tácitamente, la existencia de Administraciones independientes. No existe en el texto constitucional un *numerus clausus* de Autoridades e Instituciones independientes que actúe como límite constitucional a la creación de Administraciones independientes. Ahora bien, ¿contiene la Constitución española un fundamento que justifique, global o particularmente, la existencia de estos entes

legitimidad técnica. Respecto a este punto GARCIA PELAYO, llega a decir que «tanto el crecimiento de los poderes de la tecnoburocracia como la intervención de las organizaciones en el proceso estatal se sustenta en un nuevo principio de legitimidad inherente al Estado manager y que si no rigurosamente proclamado no es por eso menos sentido. Nos referimos a la eficacia como principio de legitimidad, es decir, a la capacidad efectiva para satisfacer las demandas crecientes que le plantea la sociedad (...) Se trata del cambio que experimenta el Estado en relación con las organizaciones que operan en su interior, y que puede ser descrito con estos rasgos: «i) la presunción de que existe una relación básica de retroalimentación entre los intereses públicos, a cargo del Estado, y que los intereses sectoriales de los que son gestores las organizaciones extraestatales, ii) la legitimidad de la existencia autónoma de estas organizaciones, en virtud de su funcionalidad, para satisfacer las necesidades sociales, pues- a diferencia de otros sistemas- importa más the principle of performance que the principle of authority (...) En resumidas cuentas, se constituye un solo sistema que incluye el subsistema estatal y el de las organizaciones extraestatales, en el que todos los términos se implican entres sí, de modo que, como hemos dicho más arriba, se produce un proceso de sistematización progresiva, pero de carácter descentralizado y, por lo tanto, de poder difuso, frente a la sistematización centralizada, en la que una sola parte condensa la totalidad del poder para la operacionalización del sistema». Véase GARCÍA PELAYO, M: “El Estado social y sus implicaciones” en Las transformaciones del Estado contemporáneo, 1ªed. Alianza. Madrid 1987. Pág. 63. En el mismo sentido GARCÍA-MANZANO JIMENZ DE ANDRADE, P: “Los reglamentos de las Administraciones independientes. Óp. Cit. Pág. 93, resalta que: *puede partirse de un breve repaso a las finalidades que pretenden justificar el nacimiento de estas autoridades en los diversos sistemas jurídicos. En todos ellos las razones alegadas son las mismas y pueden agruparse en torno a las tres siguientes: neutralización política; razones de eficacia y especialización técnica; y conveniencia de introducir la participación ciudadana en los asuntos públicos. Sobre estas motivaciones coinciden los autores que se han dedicado con mayor intensidad al tema. La razón de la eficacia o especialización técnica recibe muy diversos ropajes (autoridad de los expertos o de los sabios, policracia funcional o descentralización por funciones, servicio objetivo al interés general...), pero en definitiva quedan conectadas con lo que puede llamarse el «contenido» de la misión de estas entidades administrativas, que se resume siempre: bien en la regulación de sectores económicos que requieren de mayor dinamismo y seguridad, sin pérdida de transparencia y con ajuste a la legalidad; o bien en la protección de derechos fundamentales y de valores constitucionales*

independientes? Según el criterio mayoritario de la doctrina, sí³⁶⁵. La atipicidad de las Administraciones independientes no permite, sin embargo, sostener su inconstitucionalidad, para lo que sería indispensable la identificación de la regla o del principio vulnerado por el recurso a las mismas³⁶⁶.

Al respecto de estas autoridades independientes, podemos decir junto con SORIANO GARCÍA³⁶⁷ que «no se trata de defender una visión estrictamente optimista de estas agencias. Posiblemente tengan en su funcionamiento notables defectos que sólo la cercanía permitiría comprobar. Pero, sin duda, como elementos de control del poder, de aplicación del principio de igualdad en el seno de la propia sociedad civil –evitando la perpetuación de jerarquías sociales no justificadas ni merecidas- y ofreciendo otra instancia a los administrados, clarificando las reglas del juego económico, técnico y político, constituyan una experiencia nada desdeñable que, matizadamente y de manera prudente, convendrá importar» y junto con ARIÑO ORTIZ que «con todos los defectos, no se ha encontrado nada mejor para asegurar en la medida de lo posible una dirección, coherente, racional, no falsificada, de los servicios públicos (y de otros sectores de intervención económica del Estado).

Estas apreciaciones previas son importantes para analizar el cambio de diseño institucional de la autoridad de competencia en España y la reciente reforma.

3.2.Diseño institucional con la vigencia de la Ley 15/2007 y la creación de la Comisión Nacional de Competencia.

³⁶⁵ SALA ARQUER, J.M: “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”. Revista Española de Derecho Administrativo. Número 42. Año 1984. Págs. 401-422

³⁶⁶ PAREJO ALFONSO, L: “La potestad normativa de las Administraciones independientes”. En VVAA Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Página 648

³⁶⁷ SORIANO GARCÍA, J.E: “Las securites and Exchange Commission. Un ejemplo de entidad Instrumental de Carácter Expansivo”. En VVAA Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Pág. 775 ARIÑO ORTIZ, G: “Regulación económica y modelo de Administración”. En VVAA Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Pág. 71

En el año 2004, con el marco de una corriente de opinión muy favorable a la reforma institucional, el Ministerio de Economía y Hacienda puso en marcha un proceso de reforma que culminó en la reforma institucional definitiva, ampliando el debate para escuchar a todos los sectores interesados en realizar aportaciones.

Así, en enero de 2005 se publicó el *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, que agrupaba en varios capítulos cuestiones sobre las que iba a versar la reforma, el esquema institucional entre ellas, optándose claramente en este capítulo por la creación de una autoridad única, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), si bien con alguna frase que auguraba que la autoridad única integraría como órganos autónomos, garantizando la separación de instrucción y resolución, *el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia*³⁶⁸ -.

Como consecuencia de la publicación del Libro Blanco, se abrió el debate sobre determinados aspectos, y buena parte de las opiniones aportadas, con alguna excepción, se mostraron favorables al modelo de autoridad única³⁶⁹.

Es así que se promulga La ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la cual crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como sucesora del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia³⁷⁰, integrando en un solo organismo la misión de

³⁶⁸ (13) Las propuestas de reforma se centrarían en aumentar la eficacia y coherencia de la aplicación de la normativa de competencia sin por ello perder en seguridad jurídica. Para ello, se plantea:

- *Crear una nueva Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, autoridad independiente única que integraría como órganos autónomos, garantizando la separación de instrucción y resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia actuales.*
- Buscar medios para agilizar los procesos de revisión jurisdiccional.
- Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales.
- Integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial, en particular mediante la aplicación directa de las normas nacionales de competencia por parte de los jueces de lo mercantil.

³⁶⁹ Véase. BERENGUER FUSTER, L.: “*Estructura institucional...*”

³⁷⁰ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que en su artículo 20 establece la naturaleza jurídica y fines generales del Tribunal de Defensa de la Competencia.

«Artículo 20:

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia se configura como un Organismo autónomo, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión en los términos establecidos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que, sin perjuicio de su adscripción administrativa, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.

«preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional así como de velar por la aplicación coherente de la presente Ley mediante el ejercicio de las funciones que se atribuyen a la misma»³⁷¹.

Con motivo de la aprobación de la ley 15/2007 y respecto a la unificación del Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, BERENGUER³⁷² expresaba: *«el esquema institucional de la Ley 1989³⁷³, que mantenía, con ciertas adaptaciones al sistema constitucional, el de la Ley de 1963³⁷⁴ –de autoridad dual, dependiente y encargada de la instrucción la una (el Servicio de Defensa de la Competencia), e independiente y encargada de la resolución la otra (el Tribunal de*

2. Tiene como fin general el de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos, protegiéndola mediante el ejercicio de las funciones de resolución, informe y propuesta que la presente Ley le atribuye expresamente»

Es preciso recordar que, en el año 1989 se promulga la Ley de Defensa de la Competencia con el objetivo de adaptar al sistema comunitario la legislación española en la materia.

³⁷¹ **Artículo 12. La Comisión Nacional de la Competencia.** Ley 15/2007 (*Artículo Derogado por la ley 3/2013 de creación de la CNMC*)

1. Se crea la Comisión Nacional de la Competencia como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la presente Ley mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma.

³⁷² BERENGUER FUSTER, L.: *“Estructura institucional... Óp. Cit. Pág. 240 y Ss...”* «es justo reconocer que la actuación de las dos autoridades españolas de la competencia, Servicio y Tribunal, mediante la instrucción y resolución de expedientes sancionadores, es decir, mediante la persecución de las conductas contrarias a la competencia, ha contribuido a la extensión de la “cultura de competencia” en España. En efecto, la imposición de sanciones y su repercusión en los medios de comunicación ha permitido ampliar al conjunto de la población, notoriamente empresarial, la realidad del carácter negativo para el interés público de las conductas anticompetitivas, y ello es particularmente importante en el campo de los sectores últimamente liberalizados, donde una serie de resoluciones del Tribunal han sido declarado abusivas de posición dominante ciertas conductas de los antiguos monopolistas encaminadas a dificultar la entrada en el mercado de nuevos operadores.

No obstante, lo anterior, el sistema presentaba ciertas debilidades, principalmente las derivadas de los límites a la independencia que se daban como consecuencia, primero, de que la decisión sobre cuáles habían de ser las conductas objeto de los expedientes correspondía al Servicio, dependiente, como hemos dicho, del Gobierno, y segundo y más importante, del procedimiento establecido para el control de las concentraciones empresariales».

³⁷³ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

³⁷⁴ BERENGUER FUSTER, L.: *“Estructura institucional... Óp. Cit. Pág. 244.”* «Hay que tener en cuenta por recordar los antecedentes, que la Ley 1989 no hacía más que seguir el modelo de 1963 con las modificaciones lógicas derivadas de la Constitución de 1978 y la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impusieron que el Tribunal perdiera el carácter cuasi-jurisdiccional que tuvo en la primera de las Leyes»

Defensa de la Competencia)- y que podía tener justificación en 1963 en la medida en que se estaba creando una legislación insólita para la época, estaba anticuado. Prueba de ello es que, en los países de nuestro entorno, con escasas excepciones, no existe ya ese modelo de autoridad dual».

Cabe señalar que conforme al artículo 1.1 de la ley 15/2007, la CNC no califica -como sí lo hacía la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 respecto del Tribunal de Defensa de la Competencia- como un organismo autónomo, esto es, como una autoridad independiente, sino como una «*entidad de Derecho público*», de la que predica su «*autonomía orgánica y funcional*» para el cumplimiento de sus fines, así como su «*plena independencia de las Administraciones públicas*»³⁷⁵.

Así, la CNC fue la autoridad de Defensa de la Competencia de España desde la entrada en vigor de la ley 15/2007 hasta setiembre de 2014. Desempeñó de manera cabal el cometido que le fuera dado y en sus seis años de existencia, ha supuesto un avance importantísimo en la ejecución de las políticas de Defensa de la Competencia.

El nivel de actuaciones en términos de expedientes abiertos, inspecciones realizadas, multas impuestas, etc., estuvo muy por encima de lo que se hacía en España hace tan sólo diez años. Se logró dar a la cultura de la competencia una extensión sin precedentes en la opinión pública y en los medios empresariales. Y se logró, por último, consolidar la Promoción de Competencia como una labor básica para introducir la temática de competencia en la agenda pública³⁷⁶

3.3. Diseño institucional con la vigencia de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

³⁷⁵ VVAA *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. MASSAGUER, J, FOLGUERA, J, SALA ARQUER, J. M, GUTIERREZ, A. (Directores). 2ª Edición. Ed. Aranzadi, S.A. Navarra, 2010. Pág. 594

³⁷⁶ Ver a los efectos de evidenciar la intensa labor de la CNC, MEMORIA DE ACTIVIDADES 2012-2013- la que será ya su última memoria de actividades luego de 6 años de funcionamiento. Ver a los mismos efectos CINCO AÑOS EN PERSPECTIVA 2007-2012. Disponibles en www.cnmc.es

El 22 de mayo de 2013, el Pleno del Senado español aprobó definitivamente la Ley de Creación de la Comisión de los Mercados y de la Competencia³⁷⁷, por la que se crea una nueva Comisión de cariz integrador y multisectorial, que aglutinará las funciones de la antigua Comisión Nacional de la Competencia y las de diversas Comisiones regulatorias de ámbito sectorial, excluidas las del sector financiero. Esta nueva Comisión apuesta, en efecto, por el ejercicio integrado de las funciones de defensa de la competencia y de regulación sectorial, con lo que impone una reflexión sobre las pautas bajo las cuales es posible articular una convivencia entre dos esferas de intervención pública en los mercados que no siempre han quedado definidas de manera nítida³⁷⁸.

Como antecedente directo de la Ley de creación de la CNMC se encuentra la Ley 2/2011 del 5 de marzo, Ley de Economía Sostenible³⁷⁹, y su Ley Orgánica complementaria³⁸⁰, producto de las pautas dadas por el grupo de países pertenecientes al G-20 y de las decisiones adoptadas en el marco de la Unión Europea³⁸¹.

La Ley de Economía Sostenible, incorpora un régimen uniforme respecto a los Organismos Reguladores, principalmente en la forma de designación de los miembros de las Comisiones, los controles a los cuales estarían sujetos, todo ello sin modificar las funciones asignadas a la Comisión Nacional de Competencia, hasta la promulgación de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC como un macro regulador, la CNMC, siendo la Ley 3/2013 la

³⁷⁷ Ley 3/2013, de 04 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

³⁷⁸ CARLON RUIZ, MATILDE. “*Las dos caras de Jano: lo que el Derecho europeo tiene que decir respecto de la convivencia entre regulación y competencia. Reflexiones al hilo de las Sentencias del Tribunal General de 29 de marzo de 2012 (asuntos T-336/07 y T-398/07)*”. En Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional Working Papers on European Law and Regional Integration. WP IDEIR nº 20 (2013). Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-las%20dos%20caras%20de%20jano.pdf> [en línea]. (Fecha de última consulta 19.02.2017)

³⁷⁹ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 2011)

³⁸⁰ Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementarias de la Ley de Economía Sostenible.

³⁸¹ Véase SORIANO GARCIA, J. E y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. “*Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía Sostenible en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia*”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Nº 22, 2011. Pp. 9-21. Junto con el Director de la presente tesis, tuvimos la ocasión de trabajar en el primer análisis jurídico de las implicancias de la Ley de Economía Sostenible en el sistema jurídico español.

segunda³⁸² y tal vez la más trascendental de las reformas realizadas a este tipo de organismos, ya que se ha tratado de la incorporación en una sola entidad de dos culturas tan diversas en sus orígenes, objetivos e instrumentos como lo son la regulación y el derecho de la competencia³⁸³.

Los criterios para la elaboración de un nuevo modelo se concretaron en dos Informes iniciales presentados en el mes de febrero de 2012; uno elaborado por el Ministerio de la Presidencia, presentado en el Consejo de Ministro de 20 de enero denominado “*Informe Sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma*”³⁸⁴ y en el informe preparado por PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L., (PwC) para Telefónica denominado “*Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*”³⁸⁵.

De los dos informes se destaca la necesidad de una indispensable reforma en el sector público con criterio de eficiencia que conduzca a: i) la reducción del número de organismos existente y la simplificación en su estructura, ii) mejorar el funcionamiento de estos organismos, y iii) aumentar la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros.³⁸⁶

³⁸² La Ley de economía sostenible integró bajo una única categoría las Comisiones de Regulación existentes en España y las que en un futuro iban a crearse, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión Nacional del Sector Postal, cuya característica fundamental era la de expedir reglas específicas para los sectores liberalizados y estratégicos para el desarrollo del país, siendo su característica fundamental la de que su creación responde al proceso adelantado por la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) en los años noventa, y que dio origen al proceso de liberalización y donde se consideró pertinente que la labor se ejerciera por una entidad ajena a la Administración y la encargada de la gestión y prestación de los servicios.

³⁸³ ORTIZ LAVERDE, Sandra Milena: *Apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España*. Revista Digital de Derecho Administrativo. Número 14. Año 2015. Universidad Externado de Colombia

³⁸⁴ MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Informe Sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma de 20 de enero de 2012.

³⁸⁵ PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*. Telefónica España. Madrid, 14 de febrero de 2012.

³⁸⁶ MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. *Informe Sobre la Situación Actual ...Óp. cit.* Pp. 9-10.

Las razones alegadas por el Gobierno para esta unificación fueron fundamentalmente las siguientes:

- i) el crecimiento notable del número de los organismos sectoriales y el riesgo de duplicidades innecesarias en el control de cada operador en el mercado y la intención de dar un enfoque regulatorio más consistente a sectores íntimamente relacionados³⁸⁷,
- ii) el aprovechamiento de las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes y, sobre todo conocimientos y experiencia cuya utilización en común resultaría obligada, de manera a optimizar la experiencia y los conocimientos de los recursos humanos y la extensión más ágil de buenas prácticas de la regulación, y
- iii) una clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación, pasando del modelo unisectorial a un modelo de convergencia o multisectorial³⁸⁸.

³⁸⁷ Programa Nacional de Reforma del Reino de España, 2012. Según este informe, las razones del cambio se precisan en tres aspectos: 1. *la seguridad jurídica. Esta reforma permitirá clarificar las competencias, aplicar criterios homogéneos en ámbitos regulatorios con las mismas características económicas y, además, garantiza la necesaria armonización entre la política sectorial y de competencia, reduciendo la incertidumbre regulatoria;* 2. *se incrementará la eficiencia en la asignación de los recursos públicos, evitando duplicidades por el solapamiento de funciones, y alcanzando sinergias y ahorros adicionales. En Alemania, donde existe un único regulador multisectorial, se ha producido un ahorro del 25 por 100 de los gastos de funcionamiento entre 2006 y 2011. El ahorro afectará también al sector privado, ya que la integración favorece la simplificación y reducción de la carga administrativa y* 3. *la mejora en la calidad supervisora al aunar en un solo órgano un profundo conocimiento técnico, sectorial y de competencia. El incremento de la calidad vendrá determinado también por la mayor independencia y neutralidad del Organismo.*

³⁸⁸ Las principales ventajas del regulador multisectorial frente al monosectorial son bien conocidas: la reducción del riesgo de captura del regulador tanto por el sector privado como por el Gobierno, al reducirse la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado Ministerio para la autoridad; el aprovechamiento de las sinergias entre distintas unidades para sacar partido de economías de escala y de alcance, así como para aprovechar el “know-how” y las mejores prácticas de otros sectores; y garantizar la coherencia de criterios y la uniformidad de procedimientos, especialmente en el caso de servicios convergentes. Estas ventajas se hacen mayores a medida que los mercados sectoriales ganan madurez a lo largo del tiempo. Véase Memoria 2014 de la CNMC, “*Un año de regulación y supervisión integrada y convergente* “. [Disponible en línea] en <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/memorias> (Fecha de última consulta: 19.02.2017)

Sumado al deseo de evitar el mantenimiento de autoridades estancadas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión más integrada.³⁸⁹

Paralelamente hay un aspecto muy importante que sirve de sustento a la Ley de Creación de la Nueva CNMC, que corresponde a la tendencia dada desde el Derecho Europeo bajo la interpretación realizada por el Ministerio de Gobierno de la *Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009*³⁹⁰, y la *Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*, donde en sus considerandos presenta como un gran inconveniente para la existencia de un mercado competitivo, la regulación fragmentada e incoherente por parte de las autoridades nacionales de reglamentación³⁹¹, lo que se traduce en una disminución de la competencia, de la inversión y de los beneficios para los consumidores³⁹².

El Proyecto de Ley de creación de la CNMC, de 27 de setiembre de 2012, fue remitido por parte del Consejo de Ministros a las Cortes Generales el 10 de octubre de 2012 para su estudio y aprobación acompañado de un resumen de la memoria de impacto y del Dictamen del Consejo de Estado de fecha 13 de setiembre 2013³⁹³.

El Proyecto de Ley se publicó el 19 de octubre de 2012 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, con el fin de que los grupos parlamentarios presentaran enmiendas a todo o a la totalidad del proyecto durante el periodo comprendido entre el 12 y el 20 de diciembre de 2012 donde se llevó a cabo la votación de las enmiendas.

³⁸⁹ MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. *Informe Sobre la Situación Actual ...Óp. cit.* Pp. 7-8.

³⁹⁰ Por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.

³⁹¹ En este caso las telecomunicaciones, pero que se hacen extensivas a las otras agencias reguladoras de otros sectores como la energía y el sector postal

³⁹² Considerando 2.

³⁹³ Referencia del Consejo de Ministros. Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 27 de setiembre de 2012. y Dictamen Consejo De Estado de 13 de setiembre 2012.

La Comisión Nacional de la Competencia emitió su informe el 15 de marzo de 2012³⁹⁴, un informe crítico y puntilloso, sobre todo en relación a la transferencia de competencias a la Administración jerarquizada, básicamente, a los Ministerios de Economía, Fomento e Industria. Criticando a su vez muy duramente el hecho de que el anteproyecto haya sido presentado sin debates previos, a diferencia de la tramitación dada a la ley 15/2007, de Defensa de la competencia, con un previo Libro Blanco y consulta pública, enfatizando que la reconfiguración de los organismos reguladores no debió haberse planteado con la premura y del modo con que lo hizo el Gobierno³⁹⁵.

La tramitación Legislativa culmina con la aprobación y publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 3/2013 por la cual se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 4 de junio del 2013, cuyo objeto es la de *reorganizar todos los organismos reguladores existentes en una sola entidad cuya finalidad es la garantizar el*

³⁹⁴ INFOME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Informe IPN 70/12. Sobre el anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

³⁹⁵ ARIÑO, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. “Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión”. En: Working Paper N° 42. Madrid, 18 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.arinoyvillar.com/libros/WPweb/WP42.pdf> [En línea]. Pág. 29, en igual sentido LÓPEZ GALDÓS expresa que: «Numerosos autores coinciden en que no cabe duda de que gobierno español se enfrenta actualmente a una de las peores crisis económicas de la historia más reciente de España y que la toma de decisiones requiere rapidez, eficacia y resultados. Huelga decir que el recorte de gastos se ha convertido en la prioridad del Gobierno y por ello nadie osará criticar el esfuerzo por racionalizar el número de organismos reguladores. Sin embargo, a pesar de la excepcionalidad del momento en el que España se encuentra inmersa, no existe justificación aceptable alguna para que la reforma no se haya llevado a cabo con mayor periodo de reflexión». Véase LÓPEZ GALDÓS, M: “Proyecto de Ley para la Creación de la Comisión de Mercados y Competencia: Comentario desde una perspectiva institucional comparada”. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Número 31. Enero- Febrero 2013 y los trabajos del Prof. Juan José Moreno Pascual en MONTERO PASCUAL, J.J.: *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013; *Id.* “Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013 y más recientemente “La estructura administrativa para la aplicación del Derecho de la competencia en España: la CNMC. En VVAA *Derecho europeo de la competencia y su aplicación en España: “liber amicorum” en homenaje a Santiago Martínez Lage*. PEDRAZ CALVO, M., ORDÓÑEZ SOLÍS, D. y MARTÍNEZ LAGE- SOBREDO, S. (Coordinadores). Ed. La ley. Madrid, 2014.

*correcto funcionamiento de los diversos mercados y de los diversos sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios*³⁹⁶.

Según el preámbulo de la ley 3/2013, el objeto de la ley es *«es la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales»*, siendo el objeto de la CNMC *«garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento del mercado, así como la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios»*³⁹⁷.

El Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto³⁹⁸, por el cual se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su capítulo primero prevé que de conformidad con la normativa comunitaria o nacional, *la CNMC tendrá la consideración de Autoridad Nacional de Competencia, Autoridad Nacional de Reglamentación y Autoridad Reguladora Nacional*³⁹⁹. Por ello, y a través del Estatuto Orgánico y no de la Ley de creación, la CNMC se configura desde el año 2013 como la Autoridad de Defensa de la Competencia de España.

³⁹⁶ La ley 3/2013 supuso la reestructuración tanto de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) como de los organismos reguladores de España: La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la comisión Nacional de la Energía (CNE), la Comisión Nacional del Juego (CNJ), la Comisión de Regulación Ferroviaria (CFR), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), La Comisión Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA), fusionando así 8 organismos, entre ellos organismos de regulación *ex ante* y *horizontal*, como la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y otros organismos de regulación.

³⁹⁷ La Ley consta de treinta y nueve artículos agrupados en cinco capítulos, dieciocho disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, once disposiciones finales y un anexo.

³⁹⁸ REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013)

³⁹⁹ Artículo 4. *Coordinación y cooperación institucional*

Los nombramientos del presidente, vicepresidente y demás consejeros fueron publicados el día 10 de septiembre de 2013 en el Boletín Oficial del Estado y el nuevo organismo comenzó a ejercer funciones desde el día 7 de octubre de 2013⁴⁰⁰.

Esta reforma ha tenido, como es evidente, numerosas críticas⁴⁰¹. Desde que se hizo pública la intención del Gobierno de poner en marcha la CNMC aparecieron opiniones críticas de índole muy diversa sobre el nuevo modelo de regulador único⁴⁰², como es lógico si se tiene en cuenta la trascendencia del cambio que se estaba planteando.

⁴⁰⁰ Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 239 de 5/10/2013) Sec. I. Pág. 81839. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/05/pdfs/BOE-A-2013-10371.pdf> [En línea]. (Consultado 24/04/2014).

⁴⁰¹ A estos efectos ver: *Comentarios de la Asociación Española de Defensa de la Competencia sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Madrid, 7 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/05/Comentarios_al_Anteproyecto_LCCNMC_AEDC.pdf [En línea]. (Consultado 24/04/2014), ARIÑO, GASPAS y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. “Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión”. En: Working Paper N° 42. Madrid, 18 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.arinoyvillar.com/libros/WPweb/WP42.pdf> [En línea]. (Consultado 24/04/2014), Europaexpress. “Almunia vigilará la fusión de los reguladores en España para garantizar que cumpla las normas de la UE”. Disponible en: <http://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-macro-almunia-vigilarafusion-reguladores-espana-garantizar-cumpla-normas-ue-20120521174559.html>. [En línea]

⁴⁰² Se pretende fusionar en un único organismo el control de actividades económicas muy diferentes entre sí y con problemáticas muy peculiares, cada una de ellas en función de los sectores de la realidad económica de que se trata y en función de los objetivos que, en cada uno de ellos, se trata de garantizar. Casi lo único en común en esa barahúnda de actividades es que, en su mayor parte, habían sido objeto de una no lejana liberalización que exigía que los poderes públicos cambiasen su forma de aproximarse a las mismas. En definitiva, partiendo de su liberalización y, por tanto, de la libre iniciativa privada, había que poner en pie una nueva función reguladora por parte de los poderes públicos. Regulación diferenciada para cada una de las actividades, como correspondía al reconocimiento de sus propias peculiaridades, que debía ser conducida por un organismo igualmente diferenciado de acuerdo con las normas europeas que han ido regulando estas actividades. Véase DE LA QUADRA-SALCEDO, T. “A la Confusión por la fusión. La pérdida de independencia de los organismos regulatorios no asegura nada bueno”. El País. Disponible en http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html [En línea]. (consultado el 10/05/2012) y DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “Nuevo Marco Institucional”. Jornada sobre la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organizadas por IE law School Executive Education. Viernes 22 de noviembre de 2013. También la Comisión Europea cuestionó en su momento la propuesta, obligando a replantear la propuesta inicial, tal como se afirma en: El Confidencial Digital. “Bruselas frena en seco al Gobierno y su proyecto para crear un macroregulador de la economía en España. Fue uno de los anuncios estrella del Ejecutivo”. Disponible en: <http://elconfidencialdigital.com/dinero/075731/bruselasfrena-en-seco-al-gobierno-y-su-proyecto-para-crear-un-macroregulador-de-la-economia-en-espana-fue-unode-los-anuncios-estrella-del-ejecutivo> [En línea]. (Consultado 31/07/2012) y Expansión. “La regulación, otra vez en revisión”. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/07/03/opinion/editorialylaves/1341347689.html>. [En línea]. (Consultado 31/06/2012)

En cuanto a las desventajas, suelen citarse las siguientes:

- i) el riesgo de pérdida de conocimiento específico de la industria, sobre todo si se reducen los recursos disponibles por la agencia multisectorial;
- ii) Las referidas a la independencia y la coordinación entre áreas de regulación *ex ante* y la Defensa de la Competencia;
- iii) la ausencia de diversificación del riesgo en caso de fallo institucional, que deberían paliarse a la hora de diseñar la nueva institución;
- iv) la muy cuestionable transferencia de algunas de las funciones que tienen los organismos reguladores que pasan a ser realizadas por algunas dependencias ministeriales.

La preocupación dirigida al núcleo de la nueva ley se refería tanto a la conveniencia o no de pasar a un modelo de regulación multisectorial, como a la distinta naturaleza de la labor de defensa de la competencia y de la supervisión regulatoria sectorial. Había quienes consideraban este último aspecto como un factor que dificultaría la integración en un único organismo, abogando en favor del modelo entonces vigente de dispersión de competencias en orden a la especialización⁴⁰³.

⁴⁰³ La obra LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: *Estudio adaptado a las leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, y 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, y al real decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, de CARLON RUIZ, MATILDE (Dir.); DE LA QUADRA SALCEDO, TOMAS; JANSEN, OSWALD; POMED SANCHEZ, LUIS; LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS; BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO [et al.], 2014, describe con exactitud cuál era el régimen dispuesto hasta el momento, sus diferencias con el actual y fundamentalmente la extraña combinación que se ha hecho de tales órganos reguladores con los que aplican el derecho de la competencia, mezcla sorprendente sin duda y que implica novedades de calado importante que afectará a las empresas y organizaciones en sus estrategias jurídicas, y que sin duda se constituye en un modelo único en el contexto internacional ante la integración de las formas de regulación: la *ex ante* y *ex post*, en un solo organismo⁹, dotado de una estructura interna bastante peculiar, sin dejar de lado la transferencia de funciones de carácter regulatorio, que habían sido reconocidas en las Directivas Europeas a organismos reguladores a la Administración General del Estado, menoscabando de esta manera la labor propia encomendada al regulador sectorial y la independencia para el ejercicio de las funciones, principalmente en los sectores de telecomunicaciones¹⁰ y de energía¹¹, aspectos que fueron cuestionados en su momento por la Comisión Europea y que en la actualidad son objeto de estudio por parte del Tribunal Supremo Español, producto del recursos interpuesto por parte de los antiguos comisionados integrantes de las extintas comisiones, lo cual ha derivado en que el alto Tribunal haya elevado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, con el fin de que se indique si la integración realizada por parte del Gobierno y el Legislador español en un solo órgano regulador es compatible con las directrices de la Unión

Atendiendo a las observaciones expuestas por DE LA QUADRASALCEDO⁴⁰⁴, la creación de esta nueva Comisión, donde se fusionan diferentes competencias atribuidas a organismos tan dispares, puede derivar en inconvenientes para el mercado, ausencia de regulación y unos efectos adversos para la economía, atendiendo a la naturaleza de las diversas problemáticas que cada sector. De ahí que la independencia pueda verse menguada ya que es más factible en esta Comisión atender a órdenes, encubiertas quizás bajo la idea de que forman parte de la política general del Gobierno, para resolver los asuntos. Sumado, a la imposibilidad de que los nueve consejeros que correspondía al modelo inicial de integrantes del Consejo, designados para el ejercicio de las funciones asignadas a la Comisión puedan conocer a profundidad de los sectores a regular, lo que conduciría a una regulación general, incompleta y en el peor de los casos no contar con ningún tipo de regulación⁴⁰⁵.

3.3.1. La redistribución de funciones de la autoridad de Defensa de la Competencia en España tras la fusión

Europea en materia de regulación y competencia, principalmente en aspectos tales como su independencia, su capacidad y competencia técnica, que pudieron verse menoscabadas en la integración.

También se pueden consultar los siguientes artículos: [elEconomista.es](http://www.eleconomista.es/economia/noticias/6891505/07/15/El-Supremo-lleva-a-Europa-la-creacion-de-la-CNMC-duda-de-su-independencia.html). *El Supremo lleva a Europa la creación de la CNMC: duda de su independencia*. Disponible en: <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/6891505/07/15/El-Supremo-lleva-a-Europa-la-creacion-de-la-CNMC-al-dudar-de-su-independencia.html>. En línea. En igual sentido. Muñoz, Ramón. *El Supremo cuestiona la legalidad de la CNMC y pide opinión a la UM*. Disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895_956039.html; LLORANTE, CARMEN. “*Los organismos reguladores perderán independencia y eficacia con la fusión*”. El Mundo. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/01/economia/1338551793.html> [En línea]. (Consultado 01/06/2012).

⁴⁰⁴ DE LA QUADRA SALCEDO, T. *Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y de su estatuto. La cuestión de su independencia*. En VVAA, CARLÓN RUIZ (Directora) *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas. Thomson Reuters. Madrid, 2014.

⁴⁰⁵ *Idem*

La relación entre Reguladores Sectoriales y la autoridad de Competencia, tal y como plantea la nueva estructura de la CNMC⁴⁰⁶ plantea una reorientación de la actuación institucional.

Como es natural, la compleja reorganización de entidades que lleva a cabo la CNMC no deja de notarse en el nuevo diseño organizativo de competencias y potestades que venían ejerciendo aquéllas⁴⁰⁷.

Existe un deslinde de funciones, entre la función general de Defensa y Promoción de la Competencia «en todos los mercados y sectores productivos» -que corresponde por entero a la CNMC (artículo 5)- de aquellas otras que se ejercen en los mercados objeto de supervisión (artículos 6 al 11, que encuentran su correlato en las disposiciones adicionales décima a duodécima de la CNMC, las cuales establecen las competencias a ejercer por los ministerios correspondientes)⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Nos remitimos a los trabajos de CARLON RUIZ, MATILDE. *“Las dos caras de Jano: lo que el Derecho europeo tiene que decir respecto de la convivencia entre regulación y competencia...”;* ALMUNIA, JOAQUIN. *“Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?”* Vice-President of the European Commission responsible for Competition Policy Center on Regulation in Europe (CERRE) Tuesday 23 March 2010, Brussels European Commission - SPEECH/10/121 23/03/2010. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10- [En línea]; ORTIZ LAVERDE, Sandra Milena: *Entre regulación y competencia*. Tesis doctoral dirigida por SORIANO GARCIA, José Eugenio; ALONSO SOTO, RICARDO JOSÉ. *“Los organismos reguladores y la defensa de la competencia: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones v. Autoridades de Defensa de la Competencia.”*. En VVAA: Regulación y competencia en telecomunicaciones. José María Beneyto Pérez Director. Jerónimo Maillo González-Orús coordinador. Instituto de estudios europeos, Universidad San Pablo-CEU: Telefónica: Dykinson. Madrid. 2003. Pp. 337-353; LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. *“Autoridades de defensa de la competencia y reguladores sectoriales: A propósito de la STS de 6 de octubre de 2010”*. En VVAA: Revista de derecho de la competencia y la distribución. Nº. 9, 2011. Pp. 151-158; BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRES. *“Autoridad de la competencia y reguladores sectoriales en el contexto del mercado con posición de dominio: Ideas y reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012 (asunto T-398/07, España/Comisión)”*. En VVAA: Revista de derecho de la competencia y la distribución. Nº. 11. 2012. Pp. 17-34; HELMUT BROKELMANN, *La nueva CNMC y la seguridad jurídica*. Artículo periodístico publicado en el diario digital cinco días. Fecha 02.12.2013. http://cincodias.com/cincodias/2013/11/28/empresas/1385653743_076395.html. [En línea]

⁴⁰⁷ GARCÍA-MANZANO JIMENZ DE ANDRADE, P: *“Los reglamentos de las Administraciones independientes... Óp. Cit. Pág. 144*

⁴⁰⁸ GARCÍA-MANZANO JIMENZ DE ANDRADE, P: *“Los reglamentos de las Administraciones independientes. Óp. Cit. Pág 145*

Respecto de las funciones a desarrollar por el nuevo organismo, cabe señalar que se ha procedido a una reordenación de las mismas entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y los departamentos ministeriales correspondientes, en donde se dice que los Ministerios pasan a asumir todas aquellas tareas de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores, *para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia*⁴⁰⁹. Nuevamente será la experiencia y la andadura la que nos dirá si con ello se garantiza una independencia efectiva de funciones o si con ello se atenta contra la misma naturaleza de este tipo de Autoridad.

El capítulo II de la ley 3/2013 se refiere a las funciones de la CNMC. Las mismas pueden clasificarse en dos grandes grupos. Por un lado, la Comisión ejercerá funciones, con carácter general, en el conjunto de mercados para la Defensa y Promoción de la competencia en los mismos. Estas funciones son tanto de supervisión como de arbitraje y consultivas. Por otro lado, la Comisión ejercerá funciones, con carácter singular, en determinados sectores y mercados regulados, donde la aplicación de la normativa de Defensa de la Competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva. Estos sectores o ámbitos son los siguientes: las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de gas natural, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario⁴¹⁰.

Exponiendo muy brevemente la organización y estructura de la CNMC, decimos que el Consejo se configura como el órgano colegiado de decisión de la Comisión y entre sus funciones se encuentran las de resolver y dictaminar los asuntos que la Comisión tiene atribuidos y la de resolver los procedimientos sancionadores. El Consejo actúa en pleno y en salas, una dedicada a temas de competencia y otra a temas de supervisión regulatoria⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Las disposiciones adicionales sexta a undécima aclaran qué funciones concretas asumirá cada Ministerio.

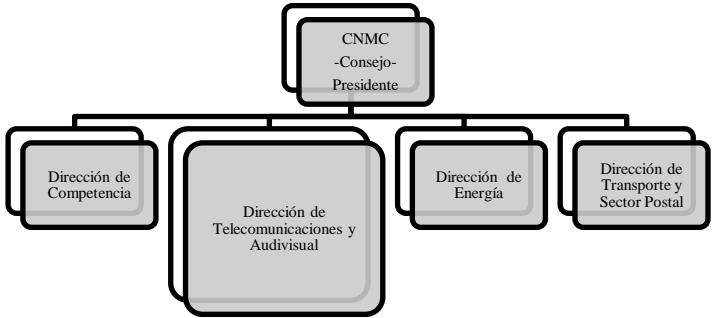
⁴¹⁰ Preámbulo de la ley 3/2013.

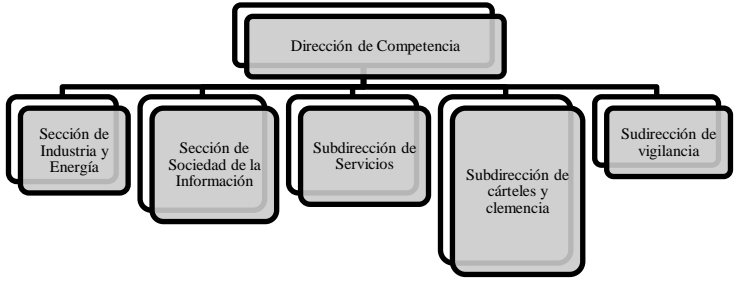
⁴¹¹ El Consejo se compone de diez miembros: un Presidente, un Vicepresidente y ocho consejeros. Todos los miembros del Consejo, incluidos el Presidente y el Vicepresidente, son nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto, pudiendo el Congreso vetar el nombramiento del candidato propuesto. Con la introducción de esta nueva exigencia *de aceptación por parte del Congreso* se refuerza la legitimidad democrática de la Comisión. El mandato de los miembros del Consejo será de seis años sin posibilidad de reelección.

Cuenta a su vez, con órganos de Dirección, estableciéndose cuatro Direcciones de instrucción, *una para la instrucción de los expedientes de Defensa de la Competencia* y otras tres para la instrucción de los asuntos de supervisión regulatoria en los sectores de las telecomunicaciones y servicios audiovisuales, de la energía y, por último, de los transportes y del sector postal.

Con respecto a naturaleza de las funciones de la Autoridad de Defensa de la Competencia, el preámbulo de la ley 3/2013 remarca que *«ha venido ejerciendo lo que se denomina un control ex post de la libre competencia, investigando y sancionando las conductas contrarias a la normativa de defensa de la competencia, y un control ex ante, examinando las operaciones de concentración empresarial»*.

De manera muy resumida podemos detallar la estructura de la ley 3/2013 en el siguiente cuadro.

<i>Ley 3/2013 de creación de la CNMC</i>	
Capítulo I	«Naturaleza y régimen jurídico»
Capítulo II	«Funciones» Las funciones que adquieren los ministerios desarrolladas en las Disposiciones adicionales de la 6ta a la 11ª
Capítulo III	«Organización y Funcionamiento»  <pre> graph TD A["CNMC -Consejo- Presidente"] --- B["Dirección de Competencia"] A --- C["Dirección de Telecomunicaciones y Audiovisual"] A --- D["Dirección de Energía"] A --- E["Dirección de Transporte y Sector Postal"] </pre>

	 <p>Art. 20 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC y artículo capítulo VI del Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC.</p>
Capítulo IV	« <i>Régimen de actuación y potestades</i> »
Capítulo V	« <i>Transparencia y responsabilidad</i> »
Disposiciones adicionales	
Disposiciones transitorias	
Disposiciones derogatorias y finales	

Veamos a continuación las funciones de la CNMC en cuanto a la Autoridad de Competencia, más específicamente las funciones de la Dirección de Competencia y el mantenimiento de las disposiciones de la ley 15/2007.

«Artículo 5. Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

c) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.

d) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas.

- e) *Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.*
- f) *Aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente*
- h) *Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.*
- i) *Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto...*
- 2. b) *Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.*
- c) *Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales...»*

En cuanto a la nueva estructura, el **artículo 20** establece las funciones del Consejo de la CNMC, resaltamos a continuación aquellas en materia de Defensa de la Competencia:

- «2. *Resolver los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, y sus normas de desarrollo cuando no correspondan a otros órganos de la Administración General del Estado.*
- 3. *Solicitar o acordar el envío de expedientes de control de concentraciones que entren en el ámbito de aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a la Comisión Europea, según lo previsto en los artículos 9 y 22 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas.*
- 4. *Acordar el levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración económica, de conformidad con el artículo 9.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.*
- 5. *Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones.*
- 6. *Adoptar las comunicaciones previstas en el artículo 30.3 de esta Ley, así como las declaraciones de inaplicabilidad previstas en el artículo 6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.*
- 7. *Aprobar las circulares previstas en esta Ley.*
- 8. *Interesar la instrucción de expedientes.*

9. Adoptar los informes a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 5.2 de esta Ley, los informes, estudios y trabajos sobre sectores económicos y en materia de competencia y los informes en materia de ayudas públicas.
10. Acordar la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de esta Ley...»

A éstas se agrega la función de *adoptar medidas cautelares de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la ley 15/2007 (Art. 8 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC)*

Artículo 21. *Competencias de pleno y salas.*

1. El pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conocerá de los siguientes asuntos:
2. Las salas conocerán de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las salas, deba informar la otra con carácter preceptivo. En todo caso, deberá emitirse informe en los siguientes asuntos:
 - a) Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que, previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

A esto se añade la función de *la Sala de Competencia de conocer de los asuntos relacionados con la aplicación de la ley 15/ 2007 y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 3/2013 (Art. 14 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC)*

En cuanto a los Órganos de Dirección, el artículo 25 dispone:

«Artículo 25. *Órganos de dirección.*

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contará con cuatro direcciones de instrucción a las que les corresponderá el ejercicio de las funciones señaladas en este artículo, además de aquellas que les pudiera delegar el Consejo, a excepción de las funciones de desarrollo normativo y de resolución y dictamen que dicho órgano tiene atribuidas de conformidad con el artículo 20 de esta Ley:

a) *La Dirección de Competencia, a la que le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el artículo 5 de esta Ley...*
2. *Las Direcciones mencionadas en el apartado anterior ejercerán sus funciones de instrucción con independencia del Consejo.*
3. *Los titulares de las Direcciones de instrucción ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y estarán sometidos al régimen de incompatibilidades de actividades establecido para los altos cargos en la Ley 5/2006, de 10 de abril, y en sus disposiciones de desarrollo.*
Su régimen de nombramiento y cese será el establecido para el personal directivo, según lo dispuesto en el artículo 26.3 de esta Ley.⁴¹²»

Las funciones de la Dirección de competencia se encuentran estipuladas en los veinte tres incisos del artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC. Siendo la Dirección de Competencia el órgano encargado, conforme a la Ley 3/2013, de 4 de junio, *«de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la Ley 15/2007»*

Y, por último, pero no menos importante, la disposición derogatoria en su letra e) establece, **«Disposición derogatoria. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y de manera específica: e) Los artículos 12⁴¹³, 17⁴¹⁴ y 40⁴¹⁵ y el Título III⁴¹⁶ de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia»**. Y la disposición final séptima que habla de la modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la siguiente manera: **«Disposición final séptima. Modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la**

⁴¹² Disposición complementada por el artículo 17 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, donde las cuatro direcciones tienen rango de Dirección de instrucción.

⁴¹³ Artículo 12 LDC. *De la Comisión Nacional de la Competencia*

⁴¹⁴ Artículo 17 LDC. *Coordinación con los reguladores sectoriales.*

⁴¹⁵ Artículo 40 LDC. *Facultades de inspección.*

⁴¹⁶ Título III: De la Comisión Nacional de la Competencia

Competencia. Se añade un nuevo apartado 3 en el artículo 70 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con la siguiente redacción: «3. La recaudación de las multas corresponderá a la Administración General del Estado en periodo voluntario y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en período ejecutivo, conforme a lo establecido en el Reglamento General de Recaudación aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio».

De la misma manera, el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, deroga en su disposición derogatoria única, el Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprobaba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia.

De las disposiciones escogidas de la ley para este apartado de la tesis doctoral denominado redistribución de funciones, podemos concluir que la ley 3/2013 en lo referente a la Autoridad de Defensa de la competencia, ha decidido:

- a) que las funciones de Defensa de la Competencia recogidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se atribuyen íntegramente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que la reforma no afecta al contenido sustantivo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, que permanece igual salvo en el esquema institucional de aplicación de la norma.
- b) la atribución a la Dirección de Competencia de todas las funciones de instrucción recogidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, que, como actualmente, seguirán ejerciéndose manteniendo la unicidad, coherencia y el carácter horizontal de la normativa de Defensa de la Competencia.
- c) Que el Consejo actúa en pleno y en salas, una dedicada a temas de competencia y otra a temas de supervisión regulatoria.
- d) Que cuenta con Órganos de Dirección, estableciéndose cuatro Direcciones de Instrucción, *una para la instrucción de los expedientes de Defensa de la Competencia* y otras tres para la instrucción de los asuntos de supervisión regulatoria en los sectores.

- e) Que a la Dirección de Competencia le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el artículo 5.
- f) Que quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y de manera específica: e) Los artículos 12, 17 y 40 y el Título III de la Ley 15/2007 agregando un apartado tercero al artículo 70.

Por tanto, vemos cómo en la Ley 3/2013 se articula la continuidad en la aplicación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, de tal manera que es ahora la Dirección de Competencia (DC) la que continúa la labor de la extinta Dirección de Investigación de la CNC, manteniendo la separación entre las actividades de instrucción, que lleva a cabo la Dirección de Competencia, y las actividades de resolución que corresponden al Consejo de la CNMC.

En definitiva, en palabras de GARCIA-VALDECASAS⁴¹⁷:

«[...] el éxito de una organización está supeditado a que ésta cuente con una sólida estructura; si no la tiene es imposible que esta pueda supervisar y vigilar el correcto funcionamiento del mercado. En el caso objeto de estudio los sistemas regulatorios se caracterizan por la consecución de una serie de principios como los son el Bienestar Social, Seguridad Jurídica, la transparencia, las buenas prácticas procesales y un adecuado sistema de revisión judicial. Si a la nueva Comisión no se le da toda una serie de instrumentos por los cuales se garantice su independencia, traerá como consecuencia que los asuntos de su competencia sean conocidos por personas que no cuentan con las suficientes aptitudes y destrezas para decidir. Estamos en presencia de un órgano de carácter multidisciplinar y pluri-profesional, donde la toma de decisiones se realiza tomando todos y cada uno de los elementos en juego previamente analizados por los expertos en cada una de las disciplinas tanto jurídicas, como económicas, particularmente el análisis coste beneficio de las decisiones a adoptar. Por consiguiente, el Estatuto debe responder a que exista seguridad jurídica, confianza institucional, que se concreten en la aplicación de normas claras, aplicadas dentro de una eficiente y adecuada arquitectura institucional que repercuta en la actuación de los agentes económicos».

⁴¹⁷ GARCIA-VALDECASAS, RAFAEL. Sesión Magistral: *La importancia de la arquitectura institucional en la aplicación efectiva de las normas*. Ponencia presentada en el 50 ANIVERSARIO DE NORMATIVA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA. Madrid, 27 de junio de 2013

Mantener el poder dividido sigue siendo condición necesaria para que la libertad sea posible. Sin una división efectiva del Poder no hay ni puede haber Constitución ni sentido propio⁴¹⁸. Esto es tan cierto hoy como ayer. Que esa división deba seguir haciéndose hoy como se hizo doscientos años atrás es ya otra cuestión del todo diferente a la que no puede darse la misma respuesta⁴¹⁹.

La presente investigación doctoral ha podido plasmar el antes y el después de la Comisión Nacional de la Competencia, organización que desde mis primeros años de estudiante de post grado en España y habiendo participado de numerosas jornadas, seminarios, cursos y de haber seguido de cerca los casos más relevantes analizados por la misma, había llamado mi atención de manera positiva. A mi criterio, España contaba con una autoridad sólida, competente, eficiente y por, sobre todo, técnica y a la altura de las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros.

Haber acompañar muy de cerca y en España todo el debate surgido en torno a la noticia de la fusión de los reguladores sectoriales y haber realizado entrevistas a alguno de las autoridades electas⁴²⁰ -a quienes pude consultar específicamente sobre la producción de Derecho suave y la labor de promoción-, ha contribuido enormemente a enriquecer la investigación, así como el análisis de casos de Derecho suave a lo largo de dos primeros años de actuación de la CNMC.

Tras plasmar el recorrido histórico del diseño institucional de la autoridad de competencia en España, podemos decir que el reto sigue siendo el de la neutralización política, pues es ésta la primera condición mínima garante de la constitucionalidad de una administración

⁴¹⁸ Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 “*Toda sociedad en la cual la garantía de los Derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*”

⁴¹⁹ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R: “*Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes*”. En VVAA *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Páginas 438

⁴²⁰ Gracias a la colaboración del Director de la presente tesis, realicé una entrevista a la Vicepresidenta de la María Fernández, el 23 de junio de 2014, a quien pude plantear algunas dudas relevantes respecto a la producción de Derecho suave y su relación con la labor de promoción de la competencia.

independiente⁴²¹, cualidad inherente a la independización, que debe venir siempre exigida por la realidad y avalada por un apreciable consenso social.

En tal sentido y respecto a los nombramientos de la CNMC, advertía SORIANO GARCIA⁴²², mucho antes de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – que citaremos a continuación- que *«las agencias, a diferencia de los Departamentos Ministeriales, se caracterizan por su complejo específicamente técnico y por su independencia y neutralidad, esto es, por encontrarse alejadas del principio de jerarquía. Y así, son inamovibles sus miembros, unas sean designados por la Presidencia, y no rinden cuentas de su actuación ante el poder ejecutivo. Sólo quedan sujetas al control de los Tribunales y, en alguna medida, a modificaciones legislativas en caso de abuso de poderes, Y ante éstos, en el ejercicio de su actuación gozan de una presunción de imparcialidad que es verdaderamente difícil de contradecir. De hecho, el proceso de revisión de tales actos tiene mucho de carácter revisor de los actos administrativos»*.

Esta ha sido precisamente la postura del Tribunal de Justicia en su reciente **sentencia de fecha 19 de octubre de 2016, asunto C-424/15**, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Supremo

⁴²¹ Continúa diciendo el autor que como segunda condición se exige que la independencia administrativa persiga satisfacer algún valor constitucionalmente relevante, de tal forma que, sin aquélla, éste resultaría insuficientemente protegido. En tercer lugar, como tercera condición, se requiere que su articulación concreta no debe nunca traducirse en una ruptura total de los vínculos de unión entre la institución de la que se predica y el Gobierno y el Parlamento. Por último, la cuarta condición mínima para garantizar la constitucionalidad de las Administraciones independientes adolece igualmente de notable imprecisión: el riesgo cualitativo de ruptura de la unidad de la Administración constitucionalmente consagrada, esto es, sólo cuando la acumulación de supuestos de «independización» de organizaciones pueda poner en jaque el estatuto del poder público administrativo nos haremos ante una lesión constitucionalmente relevante. Véase RALLO LOMBARTE, A: “*La constitucionalidad de las Administraciones independientes*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2002. Pág 220 y 222.

⁴²² SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. “Adiós a la Comisión Nacional de Competencia”. El imparcial. Disponible en: <http://www.elimparcial.es/economia/adios-a-la-comision-nacional-decompetencia-125006.html> (Consultado 25.02.17). “La independencia efectiva, tanto mirando ex ante de donde proviene el miembro correspondiente, como *ex post facto*, esto es, a donde va después, para evitar el problema fundamental de la “puerta giratoria” es clave de resolver y eso significa que deberán estar suficientemente bien pagados las cesantías, cuando se vayan de vuelta a casa, ya que, con la nueva Comisión, que abarca todos los sectores regulados, prácticamente no van a poder trabajar durante dos años en ningún sitio”

español⁴²³, en el procedimiento entre Xabier Ormaetxea Garai, Bernardo Lorenzo Almendros y la Administración del Estado español, en relación con sendos reales Decretos que pusieron fin a sus mandatos de consejero y presidente, respectivamente, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Mediante su primera cuestión prejudicial –cuestión que nos interesa principalmente–, el tribunal remitente solicita, en esencia, que se dilucide si la Directiva marco⁴²⁴ debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que lleva a cabo la fusión de una autoridad nacional de reglamentación, en el sentido de dicha Directiva, con otras autoridades nacionales de reglamentación, como las responsables de la competencia, del sector postal o del sector de la energía, para crear un organismo de reglamentación multisectorial al que se encomiendan, en particular, las funciones confiadas a las autoridades nacionales de reglamentación en el sentido de dicha Directiva⁴²⁵.

En la referida sentencia, el TJUE manifiesta que en el marco de una reforma institucional como la controvertida en el litigio principal, un Estado miembro sólo puede atribuir a un organismo de reglamentación multisectorial las tareas que incumben a las autoridades nacionales de reglamentación en virtud de la Directiva marco⁴²⁶ y de las Directivas específicas *si en el ejercicio de dichas funciones el organismo cumple los requisitos de*

⁴²³ El Supremo acuerda plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tres cuestiones prejudiciales para conocer si la decisión adoptada por el Gobierno del Partido Popular se ajusta al marco regulador europeo. En concreto, la primera cuestión es saber si es compatible con el marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas “*la creación por el legislador nacional de un órgano de regulación y supervisión que responda a un modelo institucional de carácter no especializado, que fusiona en un solo organismo los órganos de control en el ámbito de la energía, las telecomunicaciones y la competencia, entre otros, existentes hasta entonces*”. Las otras dos cuestiones que plantea son si las condiciones de “independencia” de las autoridades nacionales de regulación en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a las que se refieren las directivas comunitarias, han de ser análogas a las requeridas para las autoridades nacionales de control de protección de datos personales, y si el cese anticipado de sus consejeros, en los términos en que ha tenido lugar, pudiera afectar a aquella independencia. Muñoz, Ramón. *El Supremo cuestiona la legalidad de la CNMC y pide opinión a la UE*. Disponible en http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895_956039.html. (fecha del artículo 23 de julio de 2015, fecha de última consulta 12.02.17)

⁴²⁴ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO 2002, L 108, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 37; corrección de errores en DO 2013, L 241, p. 8)

⁴²⁵ Apartado 27. Véase, por analogía, la *Sentencia de 6 de octubre de 2010, Base y otros, C-389/08*, apartado 27

⁴²⁶ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas

*organización y funcionamiento a los que estas Directivas someten a las autoridades nacionales de reglamentación*⁴²⁷.

Resuelve el TJUE en este sentido que: *«en principio, la Directiva marco no se opone a que una autoridad nacional de reglamentación, en el sentido de dicha Directiva, se fusione con otras y que dicho conjunto forme un único organismo de reglamentación multisectorial, sin perjuicio de que, en el ejercicio de las funciones que la Directiva marco y las Directivas específicas atribuyen a las autoridades nacionales de reglamentación este organismo cumpla con los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por la Directiva marco y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas»*⁴²⁸.

Y que: *«puede observarse que parece deducirse de la Ley 3/2013 que ésta contiene las disposiciones necesarias al objeto de garantizar que la CNMC ejerza las funciones atribuidas a las autoridades nacionales de reglamentación por la Directiva marco y las Directivas específicas, que la CNMC está estructurada de forma que se tienen en cuenta las diferentes funciones que se le atribuyen, que sus órganos directivos están compuestos de miembros cuya autoridad y competencia profesional están reconocidos en los sectores de los que la CNMC es responsable y que dispone de un patrimonio propio, independiente del de la Administración General del Estado, y de la autonomía suficiente y de la capacidad jurídica necesaria para la gestión de estos recursos. También se deduce del tenor de la Ley 3/2013 que están previstos recursos contra las resoluciones de la CNMC»*⁴²⁹.

⁴²⁷ Apartado 31

⁴²⁸ A este respecto, se desprende del artículo 3, apartados 1 a 3, de la Directiva marco que los Estados miembros deben velar por que un organismo competente desempeñe cada una de las funciones asignadas a las autoridades nacionales de reglamentación, que deben garantizar la independencia de estas autoridades nacionales de reglamentación de modo que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas y que deben velar por que dichas autoridades nacionales de reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad, transparencia y a su debido tiempo y porque dispongan de recursos financieros y humanos adecuados para desempeñar las tareas que se les hayan asignado. Apartados 31 y 32.

⁴²⁹ Apartado 37.

Por todo ello, en principio, no se opone a una norma nacional que consiste en fusionar una autoridad nacional de reglamentación en el sentido de esta Directiva, con otras autoridades nacionales de reglamentación, como las responsables de la competencia, del sector postal o del sector de la energía, para crear un organismo de reglamentación multisectorial al que se encomiendan, siempre que, en el ejercicio de estas funciones, ese organismo cumpla los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por ella y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente⁴³⁰.

Sin embargo no todo el fallo ha sido favorable respecto a la decisión del gobierno español respecto a la fusión y expresa el TJUE que si se admitiera que por el mero hecho de una reforma institucional estuviera permitido poner fin de forma anticipada e inmediata al mandato de uno o varios miembros de la instancia colegial que dirige la autoridad nacional de reglamentación en cuestión, el riesgo de cese inmediato por una razón distinta de las previamente establecidas por la ley, al que aun un solo miembro de tal órgano colegial podría estar sometido, podría generar dudas razonables en cuanto a la neutralidad de la autoridad nacional de reglamentación afectada y a su impermeabilidad a los factores externos y menoscabar su independencia, su imparcialidad y su autoridad⁴³¹.

Por consiguiente, la necesidad de respetar la imparcialidad e independencia del responsable de una autoridad nacional de reglamentación encargada de la regulación del mercado ex ante o de la resolución de litigios entre empresas, o, en su caso, de los miembros del órgano colegial que ejerce esta función, no puede obstar a que una reforma institucional, tenga lugar cuando sus mandatos están aún vigentes⁴³².

⁴³⁰ Apartado 38.

⁴³¹ Apartado 47. Véase SALVATIERRA, Javier: *La justicia europea considera ilegal el cese del presidente de la CMT*. Disponible en http://economia.elpais.com/economia/2016/10/19/actualidad/1476873850_749169.html. (Fecha de la publicación: 19 de octubre de 2016, fecha última consulta 25 de febrero de 2017). De igual manera, véase <http://www.expansion.com/empresas/2016/10/19/58073a5a268e3e184f8b4701.html> [En línea]

⁴³² Apartado 50.

4. Habilitación legal de la CNMC para emitir Derecho suave

La Autoridad de Defensa de la Competencia se halla habilitada legalmente para dictar Derecho suave, de manera que encontramos una especie de habilitación formal expresa y determinada (en el sentido de delimitadora del ámbito, carácter y alcance de la correspondiente potestad de dictar actos de Derecho suave), tal y como veremos a continuación.

El Derecho suave puede variar en sus grados de vinculatoriedad dependiendo del nexo que le une el ordenamiento jurídico. A fin de cuentas, toda norma necesita un vínculo con el sistema de fuentes para que pueda desplegar los efectos que trae consigo el Derecho. La fuerza o el grado del Derecho suave dependerá, en la mayoría de los casos, del acto o norma que la «incorpore» al ordenamiento jurídico⁴³³.

La Autoridad de Defensa de la Competencia española ha visto en el Derecho suave -siguiendo los pasos de la Comisión europea-⁴³⁴ una salida eficaz no solamente para interpretar el alcance de las disposiciones legales sino para responder al principio de seguridad jurídica y brindar tanto objetividad como transparencia en materias donde la Ley de Defensa de la Competencia permite un considerable margen de apreciación⁴³⁵.

4.1.Habilitación legal de la CNMC para dictar Circulares y razones para excluirlas de la categoría de Derecho suave

Al producirse la fusión de organismos reguladores *ex ante* y organismo de regulación horizontal *ex post*, se hace factible que la CNMC dicte las Circulares e Instrucciones referidas al sector específico que éstas quieran o estimen imperioso regular. Esta habilitación legal la vemos en el artículo 30 de la ley 3/2013: «*la Comisión Nacional de los*

⁴³³ SARMIENTO, D.: *El soft law administrativo... Op. Cit.* Pág. 142

⁴³⁴ Cf. Segunda Parte de la Investigación: *El Derecho suave europeo en Defensa de la Competencia*

⁴³⁵ PADRÓS REIG, C: “*Objetividad, predictibilidad y determinación normativa... Op. Cit.* Pág. 9 “La existencia de las Comunicaciones interpretativas, constituye una medida fundamental de transparencia y predictibilidad de la institución. A más independencia del órgano, debe existir una mayor seguridad jurídica en las decisiones de manera que la flexibilidad de los procedimientos no pueda convertirse en arbitrariedad”.

*Mercados y la Competencia podrá dictar las disposiciones de desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión cuando le habiliten expresamente para ello. Estas disposiciones adoptarán la forma de Circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Las circulares tendrán carácter vinculante para los sujetos afectados por su ámbito de aplicación, una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado».*⁴³⁶

Del citado artículo podemos concluir dos cuestiones:

1. Que las circulares serán emitidas en relación a los sectores regulados, es decir, no rige para la autoridad de competencia, y
2. Que no son Derecho suave, debido a su carácter vinculante estrictamente vinculante.

En concordancia, el artículo 14 de la Ley de creación de la CNMC, faculta al Consejo como órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la aprobación del reglamento de

⁴³⁶ Según la Ley 3/2013, en su «**CAPÍTULO IV. Régimen de actuación y potestades**, detalla en su Artículo 30. **Circulares, circulares informativas y comunicaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:**

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá dictar las disposiciones de desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión cuando le habiliten expresamente para ello. Estas disposiciones adoptarán la forma de circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Las circulares tendrán carácter vinculante para los sujetos afectados por su ámbito de aplicación, una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado».

En el procedimiento de elaboración de las circulares se dará audiencia a los titulares de derechos e intereses legítimos que resulten afectados por las mismas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la circular, y se fomentará en general la participación de los ciudadanos.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá efectuar requerimientos de información periódica y dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados. Estos requerimientos adoptarán la forma de circulares informativas.

Las circulares informativas habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido y respetarán la garantía de confidencialidad de la información aportada, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de esta Ley.

En ellas se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que se hará de la misma.

3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá dictar comunicaciones que aclaren los principios que guían su actuación».

funcionamiento interno⁴³⁷, el nombramiento del personal directivo, la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de la Ley 3/2003 y, en su caso, la potestad de dictar «*circulares*» y «*comunicaciones*» de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso, con lo cual queda el Consejo suficientemente habilitado para dictar instrumentos de Derecho suave.

En este mismo sentido, el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, en su artículo 8, dentro de las funciones del Consejo de la CNMC, además de las previstas en los artículos 5 al 12 de la ley 3/2013, se encuentran las siguientes funciones: g) *aprobar Circulares, Circulares informativas en su caso y Comunicaciones* y en el inciso i) *en su caso, ordenar la elaboración de las Circulares, Circulares informativas y Comunicaciones de la CNMC de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 3/2013, de 4 de junio, así como ordenar su publicación*. Disposición de acentuada importancia, ya que complementa la habilitación del artículo 30 de la ley 3/2013.

Partiendo de la base de que la autoridad de competencia no emite Circulares por la misma razón de ser de la existencia de un organismo regulador *ex post* y la naturaleza de una Circular en cuanto a sus efectos, la habilitación para emitir Circulares dispuesta en el artículo 30 del Reglamento interno de la CNMC se circunscribe a las funciones de regulación sectorial de la CNMC (artículo 30), debido a que la intervención de los organismos reguladores es siempre una intervención *a priori*, puesto que no se trata de sancionar una conducta que ya se ha producido, sino de evitar que se produzca.

En el ámbito del derecho de la competencia, cabe mencionar que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2007, desaparece la dicción a las «*Circulares interpretativas*» del artículo 1.4.c) del anteproyecto de Ley para pasar a denominarse ahora Comunicaciones en la disposición adicional tercera⁴³⁸. Lo cual es correcto teniendo en cuenta que la

⁴³⁷ **Artículo 16 inciso 3 de la Ley 3/2013:** “El régimen de funcionamiento del Consejo en pleno y salas se desarrollará en el Reglamento de funcionamiento interno, que será aprobado por el pleno según lo dispuesto en el artículo 26.4”, el mismo fue aprobado por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión celebrada el 4 de octubre de 2013.

⁴³⁸ PADRÓS REIG, C: “Objetividad, predictibilidad y determinación normativa... Op. Cit. Pág. 10

naturaleza jurídica de las circulares y la función de una Autoridad de Competencia, en donde la intervención *ex ante* no es habitual -salvo en el caso del control de concertaciones económicas-, lo cual descarta a las circulares como instrumentos válidos⁴³⁹.

Con el fin de fundamentar la razón por la cual las circulares escapan al concepto y características propias del Derecho suave, realizaremos una breve referencia a su naturaleza jurídica, señalando las diferencias existentes entre una circular normativa y una circular informativa.

Las instrucciones y Circulares han existido dentro de las fuentes del Derecho administrativo desde hace bastante tiempo. BAENA DEL ALCÁZAR⁴⁴⁰, en el año 1965 afirmaba que *«el estudio de las fuentes escritas del Derecho administrativo suele centrarse normalmente en las disposiciones de mayor rango formal, perdiendo de vista con ello el hecho de que muchas veces los administrados se encuentran afectados de un modo más inmediato por las disposiciones de rango más humilde que emanan de las autoridades inferiores. Estas disposiciones de rango menor son en Derecho español las Instrucciones y Circulares»*. El legislador español ha dedicado a la regulación general de las Circulares, escasamente en los artículos 21⁴⁴¹ de la ley 30/92 y 12.2 h)⁴⁴² de la LOFAGE⁴⁴³

⁴³⁹ Para ahondar más en el tema ver SALA ARQUER, J. M.: *“Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de Defensa de la Competencia”*. En VVAA *“Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas”*. GUILLEN CARAMÉS, J (Director). Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011

⁴⁴⁰ BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *“Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho administrativo”*. Revista de Administración Pública. Número 48. Set/diciembre 1965. Págs. 107-126

⁴⁴¹ **Ley 30/92, Artículo 21 Instrucciones y órdenes de servicio**

«1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir».

Vale la pena mencionar que la novedad introducida por la Ley 30/1992 es la supresión de la expresión Circulares y la inclusión de las órdenes de servicio. Por tanto, según esta nueva redacción, los órganos superiores sólo podrán dirigir la actividad de los órganos inferiores a través de instrucciones y órdenes de servicio. Sin embargo, en el terreno de los hechos, la Administración sigue dictando Circulares.

De obligada mención es el reconocimiento en su momento de la tan debatida potestad reglamentaria del Banco de España; cuestión que no ha sido pacífica en la doctrina española, especialmente cuando el ejercicio de la misma trasciende la esfera del ordenamiento sectorial del crédito afectando a terceros o cuando se dictan normas con efectos *ad extra* que sobrepasan el estricto campo de la organización administrativa⁴⁴⁴.

⁴⁴² **LOFAGE, Art. 12. Los Ministros.**

1. Los Ministros, además de las atribuciones que les corresponden como miembros de Gobierno, dirigen, en cuanto titulares de un departamento ministerial, los sectores de actividad administrativa integrados en su Ministerio y asumen la responsabilidad inherente a dicha dirección.

2. Corresponde a los Ministros, en todo caso, ejercer las siguientes competencias:

h) Dirigir la actuación de los titulares de los órganos superiores y directivos del Ministerio, impartirles instrucciones concretas y delegarles competencias propias.

⁴⁴³ Para MORENO REBATO, «la supresión de la expresión circular parece obedecer, según entiende la doctrina, a la voluntad del legislador de acabar con la confusión que se producía respecto al régimen jurídico, propio, de las Circulares normativas y de las no normativas y, lo que es lo mismo, clarificar su carácter *ad intra*, sin que en ningún caso puedan clasificarse como disposiciones administrativas generales». Véase MORENO REBATO, M.: “Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico”. Revista de Administración Pública. Número 147. Set/diciembre 1998. Págs. 159-200

⁴⁴⁴ José Ramón Parada Vázquez fue el primero en España en abordar este conflicto en PARADA VÁZQUEZ, J.R.: “Valor jurídico de la Circular”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil. Número 2. Año 1981. Págs. 313-320. En este artículo, al autor cuestiona abiertamente la validez de la Circular del Banco de España 13/1981 de 24 de febrero sobre tipo de interés y normas de valoración y liquidación de las entidades de depósito. El autor dice en los siguientes términos: «estamos en presencia pues, de una falsa Circular y ante un verdadero reglamento jurídico-privado desde el punto de vista material, lo cual plantea el problema de verificar si cumple con las condiciones de validez propias de los reglamentos de esta índole y que afectan a la competencia o habilitación legal, al procedimiento de elaboración», es así como para Parada Vázquez el caso de la Circular 13/81 del Banco de España, configura la posible existencia de un nuevo vicio de invalidez al padecer de una falta de potestad reglamentaria en el Banco de España y la imposibilidad de entenderla adquirida por delegación del Ministerio de Economía y la falta absoluta de procedimiento con la que a su criterio, fue elaborada. A estas afirmaciones, contesta años más tarde Tomás Ramón Fernández Rodríguez en FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “Poderes normativos del Banco de España”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil. Número 13. Año IV. Enero/marzo 1984. Págs. 7-32 y en FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “Poderes normativos del Banco de España en relación con el mercado financiero” en AA.VV. ALONSO UREBA A., BONARDELL LENZANO, R. y GARCÍA VILLAYERDE, R. “Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”. Ed. Civitas, Madrid, 1990. Págs. 399 y ss. defendiendo la adecuación de las Circulares del Banco de España en relación a mercado financiero. Para Tomás Ramón Fernández Rodríguez, las Circulares producidas por el Banco de España pueden clasificarse en tres grupos, de acuerdo con el rango de la norma de cobertura (ley, decreto o simple orden ministerial) de la que directa o indirectamente tienen causa y concluye diciendo que «en líneas generales, hay que decir, pues, que por una razón o por otra, muy pocas son las circulares del Banco de España que podrían superar con éxito un análisis individualizado y exhaustivo de su validez y ello no porque entendamos que el Bando no pueda o no deba ejercer poderes normativos por razones de principio, que ninguna hay, a mi juicio, que se oponga a ello...»

Más tarde, ARAGON⁴⁴⁵ afirma que *«no parece que quepa suscitar dudas acerca de la naturaleza de reglamento que poseen las Circulares del Banco de España (...) aunque se haya puesto en cuestión que, mediante tales reglamentos, puedan dictarse normas con efectos ad extra, esto es, que sobrepasen el estricto campo de la organización administrativa, parece razonable sostener que tales normas pueden producirse válidamente siempre que se cuente con la suficiente habilitación legal, se posea la correspondiente competencia y se respeten los límites que imponen las materias reservadas a la ley. Hay que advertir, de entrada, que salvo en materia de organización interna, no cabe considerar suficiente, como título legitimador para que la Circular imponga obligaciones a los particulares, una habilitación genérica, sino que se precisa de habilitaciones legales concretas en cada supuesto...»*.

MOROTE SARRIÓN⁴⁴⁶, al momento de mencionar algunas características tanto de las Circulares como de las Instrucciones de la Administración Pública⁴⁴⁷, dice que se trata de disposiciones que suelen tener una redacción articulada, un contenido general y abstracto y que son vinculantes para los receptores que no pueden contravenirlas sin incurrir en una infracción que dé lugar a sanciones disciplinarias, afirmando a su vez que su producción ha aumentado exponencialmente debido a la saturación de la normativa tradicional de segundo orden, ya que tanto el Poder Legislativo como el Gobierno a través de sus Ministerios, se encuentran desbordados y no pueden legislar a detalle debido a la compleja actividad administrativa que no les permite llevar a cabo una regulación pormenorizada y permanentemente actualizada de todas las materias de su competencia⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ ARAGON, M.: *“Las fuentes de la Contratación Bancaria. En particular el problema de los estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España”*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12. Número 35. Mayo/agosto 1992. Págs. 41-61

⁴⁴⁶ MOROTE SARRIÓN: *“Las circulares normativas de la Administración Pública”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Pág. 29 y 67-71

⁴⁴⁷ Para mayor referencia, véase un trabajo detallado y acabado en GARCÍA-MANZANO JIMENEZ DE ANDRADE, P: *“Los reglamentos de las Administraciones Independientes”*. Ed. Aranzadi S.A. Madrid, 2013

⁴⁴⁸ El autor establece que este tipo de disposiciones reglamentarias denominadas circulares comparten una serie de características como son:

- se separan del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general. Se establece en las disposiciones legislativas de creación de la autoridad, que no seguirá el procedimiento reglamentario general.

Existen dos tipos de Circulares que debemos diferenciar. Las Circulares normativas y las Circulares informativas.

Las Circulares normativas no ingresan a la categoría de Derecho suave debido a que, en primer lugar, un efecto jurídico de la Circular es que, en caso de incumplimiento por parte del funcionario, éste puede recibir una sanción disciplinaria. En segundo lugar, en muchas ocasiones se publican en los Diarios Oficiales para que los ciudadanos las conozcan y las puedan oponer a la Administración. Y en tercer lugar, el reconocimiento de la juridicidad plena de estas disposiciones se refleja en que las jurisprudencias nacionales reconocen paulatinamente relevancia externa a la Circular, admitiendo en ocasiones, tanto la impugnación de los actos que se separen de lo establecido en ellas, como la impugnación directa⁴⁴⁹.

- son dictadas por autoridades independientes que, por tanto, no forman parte *stricto sensu* del Gobierno. Más tarde, el Tribunal Constitucional en la STC 135/1992 de 5 de octubre establece que las Autoridades Independientes forman parte del Gobierno, entendido en sentido lato, y que, por tanto, cabe que se les habilite para dictar normas reglamentarias que afecten a terceros ajenos a la propia organización.

- en muchas ocasiones y dada la generalidad de la habilitación de las Leyes de creación, se hará necesaria una segunda habilitación para poder ejercitar la potestad reglamentaria, aunque ésta no será necesaria cuando la contenida en la Ley de creación sea suficientemente clara y concreta

- la capacidad innovativa de estas disposiciones se encuentra, por lo general, doblemente limitada en cuanto a su objeto a diferencia de los reglamentos del Gobierno o de los Ministros; en primer lugar, por la delimitación del posible objeto que lleva a cabo la Ley de creación de la autoridad y, en segundo lugar, por la Ley concreta o por el reglamento que tienen que desarrollar.

- son normas reglamentarias que incluso pueden establecer Derechos y obligaciones con relación a terceros ajenos a la estructura organizativa del propio ente, como por ejemplo las circulares del Bando de España que regulan las relaciones crediticias de las entidades de crédito con sus clientes. Se integran en el ordenamiento jurídico y, por tanto, serán parámetro de legalidad de los actos administrativos que a ellas deban ajustarse»

⁴⁴⁹ MOROTE SARRIÓN: *“Las circulares normativas de la Administración Pública... Óp. Cit. Pág 413. Así lo entiende también MORENO REBATO, en un estudio que trata de poner de relieve la naturaleza jurídica que les han atribuido el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Supremo español en los supuestos del alcance de las Circulares e Instrucciones. La autora concluye diciendo «cuando el TS atribuye –en los supuestos concretos– a las Circulares e Instrucciones la naturaleza de acto administrativo, lo hace con un fin instrumental: permitir su impugnación y, por lo tanto, su control por la jurisdicción Contencioso-administrativa. Esto supone una utilización del concepto de acto administrativo como medio, pero pone en entredicho el concepto estricto de acto administrativo manejado por la doctrina y todo su régimen jurídico: las Circulares, Instrucciones –y, ahora, órdenes de servicio– no se notifican a sus destinatarios, no se expresan los recursos que proceden frente a ellas, no son actos de trámite que no permitan su impugnación separadamente de la resolución, sino que constituyen un acto terminal, un mandato elaborado sin ajustarse a procedimiento alguno que en caso de incumplimiento no podrá dar lugar a ejecución forzosa. Por otra parte, no siempre estos actos jurídicos de la Administración tienen como únicos destinatarios a los órganos inferiores, sino que, en numerosas ocasiones, son susceptibles de provocar unos claros efectos ad extra de la organización (...) La recepción, en nuestra doctrina, de la teoría ordinamental del Ordenamiento Jurídico nos lleva a calificar a las instrucciones como normas; pero como normas internas, pues la organización siempre forma parte del Ordenamiento Jurídico. Esto obliga a seguir profundizando en el estudio de estas*

En contraposición a lo expuesto, las Circulares informativas no cuenta con ninguno de los tres alcances, tal y como lo vemos en el artículo 30 de la ley 3/2013 cuando dispone que «*a efectuar requerimientos de información periódica y dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados. Estos requerimientos adoptarán la forma de Circulares informativas. Las circulares informativas habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido y respetarán la garantía de confidencialidad de la información aportada, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de esta Ley. En ellas se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que se hará de la misma*».

Por tanto, las circulares informativas si son Derecho suave⁴⁵⁰ debido a que tienen cierto contenido imperativo o vinculante desde el momento en que el órgano que recibe tales datos no puede ignorarlos a partir de ese momento y deberá, por tanto, servirse de ellos si lo necesitare en el ejercicio de sus funciones, pero al estar descartada la utilización de este tipo de instrumentos por la autoridad de competencia, lo descartamos del objeto de nuestra investigación.

4.2.Habilitación legal de la CNMC para dictar Comunicaciones

En cuanto a las comunicaciones de la autoridad de competencia, su vinculación directa al ordenamiento jurídico lo encontramos en la propia Ley 15/2007, lo cual era una novedad respecto a la legislación anterior.

La disposición adicional tercera de la Ley 15/2007, establece en cuanto a las comunicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) cuanto sigue: **«Disposición adicional tercera. Comunicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia: La Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la**

normas internas y, en especial, en su régimen jurídico». Véase MORENO REBATO, M.: “Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico... Óp. Cit. Págs. 199 y 200.

⁴⁵⁰ MOROTE SARRIÓN: “Las circulares normativas de la Administración Pública... Óp. Cit. Pág. 72. El autor menciona que la doctrina alemana estudia las Circulares informativas de forma separada a las circulares normativas. Cita así a OSSENBUHL, FRITZ: “Autonome Rectsetzung der Verwaltung”. Págs. 425-463

presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia (hoy Consejo de la CNMC)»⁴⁵¹.

El Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia regula con detalle el procedimiento para la aprobación de las comunicaciones en los términos del artículo 79:

«Artículo 79. Comunicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC):

- 1. Las Comunicaciones dictadas por la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) se elaborarán por orden de su Presidente, que recabará la emisión de un informe por la Dirección de Investigación (hoy Dirección de Competencia) y, cuando lo estime conveniente, por otros servicios técnicos de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC).*
- 2. Cuando las Comunicaciones afecten a la aplicación de los artículos 1 a 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio (estos son conductas colusorias, abuso de posición dominante o actos de competencia desleal)⁴⁵², el Consejo de Defensa de la Competencia (Consejo de la CNMC) podrá dirigir propuesta al Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) para que éste ordene su elaboración. En todo caso, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia (hoy CNMC).*
- 3. Cuando la naturaleza de la Comunicación lo requiera, el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) acordará un periodo de información o consulta pública a través de la página web de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC).*
- 4. Las Comunicaciones de la Comisión Nacional de Competencia (hoy CNMC) serán publicadas en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) y en el Boletín Oficial del Estado»⁴⁵³.*

⁴⁵¹ Versión consolidada de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Jefatura del Estado «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007. Referencia: BOE-A-2007-12946. TEXTO CONSOLIDADO.

⁴⁵² Paréntesis nuestro.

⁴⁵³ La actualización es nuestra.

Actualmente y siguiendo la normativa vigente tras la creación de la CNMC, encontramos que también el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC, en su artículo 30 dispone cuanto sigue:

«Artículo 30. Procedimiento para la elaboración de circulares y comunicaciones.

- 1. A instancia del Consejo, los Directores, en el ámbito de sus respectivas competencias, elaborarán los proyectos de circulares y comunicaciones.*
- 2. El procedimiento se acompañará de una justificación de la necesidad de la disposición, así como de las medidas o soluciones técnicas que se propongan y de los fines que se pretenden alcanzar.*
- 3. El proyecto deberá contar, en todo caso, con el preceptivo informe jurídico o de legalidad emitido por la Asesoría Jurídica.*
- 4. Completado el expediente, se elevará por el Director correspondiente al Consejo, a través de la Secretaría.*
- 5. Siempre que el Consejo considere procedente el proyecto, se cumplimentará el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 30.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, preferiblemente a través de la publicación del proyecto en la página web de la Comisión».*

En concordancia, el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, en su artículo 8, dentro de las funciones del Consejo de la CNMC, además de las previstas en los artículos 5 al 12 de la ley 3/2013, se encuentran las siguientes funciones: g) *aprobar Circulares, Circulares informativas en su caso y Comunicaciones* y en el inciso i) *en su caso, ordenar la elaboración de las Circulares, Circulares informativas y Comunicaciones de la CNMC de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 3/2013, de 4 de junio, así como ordenar su publicación.* Disposición de acentuada importancia, ya que complementa la habilitación del artículo 30 de la ley 3/2013.

Otro elemento a tener en cuenta para el alcance y los efectos de las Comunicaciones es que conforme al ya citado artículo 79.4 del RDC⁴⁵⁴, las Comunicaciones deben estar publicadas en el Boletín Oficial del Estado. Dicha publicación, al igual que la del Código de conducta de la CNMC, son elementos que determinan mayor fuerza jurídica en comparación con otro tipo de instrumentos elaborados por la CNMC.

4.3.Habilitación legal de la CNMC para aprobar su Código de conducta.

Otro instrumento de Derecho suave que goza de plena habilitación legal es el Código de conducta del personal de la CNMC.

El reglamento de funcionamiento interno de la CNMC fue aprobado por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión celebrada el 4 de octubre de 2013 y contiene normas específicas relativas al régimen de responsabilidad de su personal, al deber de secreto, los principios éticos y de funcionamiento que han de inspirar la actividad de los miembros del Consejo y del personal de la Comisión y al deber de abstención de los miembros de su Consejo cuando existan conflictos de intereses, así como a su régimen de incompatibilidades⁴⁵⁵.

El artículo 43 del reglamento de funcionamiento interno establece entre sus disposiciones que: *«el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobar un Código de Conducta antes de seis meses desde su entrada en funcionamiento»*.

⁴⁵⁴ Artículo 79.4: Las Comunicaciones de la Comisión Nacional de Competencia (hoy CNMC) serán publicadas en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) y en el Boletín Oficial del Estado.

⁴⁵⁵ Preámbulo del Código de conducta del personal de la CNMC.

CAPITULO V

EL DERECHO SUAVE ESPAÑOL EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO SUAVE

1. El código de conducta del personal de la CNMC en la cúspide de la pirámide

En la práctica internacional se observa que los denominados códigos de conducta constituyen instrumentos jurídicos que pretender regular algunos aspectos de las relaciones privadas internacionales, esencialmente las actividades de las empresas multinacionales en los países de acogida. Su origen no es otro que la ordenación de la práctica comercial existente en el mundo de las empresas al margen del intervencionismo del Estado. En la actualidad estos instrumentos se puntualizan en una serie de acuerdos sistemáticos de normas, generalmente de carácter programático, reguladores de conducta de unos determinados sujetos del comercio internacional en unos ámbitos concretos de actuación⁴⁵⁶.

El 19 de noviembre de 2015 se publicó en el Boletín oficial del Estado el Código de conducta del personal de la CNMC.

Tanto el Código de conducta del personal de la CNMC como las comunicaciones, cuentan con habilitación legal suficiente⁴⁵⁷ y deben publicarse en el Boletín oficial del Estado⁴⁵⁸, con lo cual gozan del mayor grado de dureza que se puede esperar de un instrumento de Derecho suave.

En el caso del Código de conducta, la dureza es aún mayor y por lo tanto los colocamos a la cabeza de la pirámide de instrumentos de Derecho suave debido a que la norma 5 del código de conducta dispone que el incumplimiento de las disposiciones del código acarreen las siguientes consecuencias: «[...] 5.4. *Sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pudiera incurrir, al personal de la CNMC le será de aplicación el régimen*

⁴⁵⁶ FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R., MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales. Op. Cit.* Pág. 56.

⁴⁵⁷ Deben aprobarse por el Pleno del Consejo de la CNMC de conformidad al artículo 14 de la Ley 3/2003 y artículo 43 del reglamento interno de la CNMC

⁴⁵⁸ BOE Núm. 277, de 19 de noviembre de 2015

disciplinario previsto en la legislación vigente, en especial en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y su normativa de desarrollo. Asimismo, el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en la citada norma, por la legislación laboral y por el convenio colectivo de trabajo de aplicación, en su caso;

5.5. A los altos cargos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia les será de aplicación el régimen sancionador previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. El incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar los altos cargos de la CNMC será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado». Por tanto, estamos en presencia de un instrumento de Derecho suave trae consigo aparejada una sanción por incumplimiento.

Por ello, afirmamos que según la escala de grises que construimos al momento de valorar el grado de fuerza legal de los distintos instrumentos de Derecho suave emitidos por la Autoridad de Competencia, colocamos al Código de conducta en la cúspide del estudio.

2. Las Comunicaciones en materia de competencia: su importancia y alcance

Las comunicaciones han tenido una labor transcendental al momento de establecer criterios, marcar pautas e interpretar las disposiciones tanto de la Ley de Defensa de la Competencia como del Reglamento de Defensa de la Competencia allí donde los mecanismos legales han dejado un amplio margen de discrecionalidad a la Autoridad de Competencia.

Las comunicaciones constituyen un importante elemento que permite a los profesionales y a los operadores económicos conocer las líneas básicas de actuación de la Autoridad nacional de Defensa de la Competencia en un campo en el que la frecuente utilización de conceptos jurídicos no siempre determinados hace aconsejable el fortalecimiento de la seguridad jurídica⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ SANCHEZ NÚÑEZ, P. y PÉREZ ASENJO, E.: “La elaboración de la comunicación de sanciones de la CNC... Óp. Cit. Pág. 409

En cuanto al alcance de las comunicaciones, la extinta CNC en su nota de prensa⁴⁶⁰ mencionaba que con estas comunicaciones la CNC profundiza en su estrategia de dar una mayor transparencia y previsibilidad a sus pautas de actuación en distintos ámbitos, lo que favorece la seguridad jurídica de los distintos operadores económicos que se relacionan con la CNC, remarcando que las comunicaciones son una figura que fue introducida por primera vez en España con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y que ya existía una tradición en la emisión comunicaciones por parte de otras Autoridades de Competencia del entorno europeo, especialmente la Comisión Europea.

Señalaba, además, que en las comunicaciones, las Autoridades de Competencia establecen parámetros de actuación a la hora de interpretar y aplicar la normativa de Competencia, lo que ayuda a los operadores económicos a prever cuál va a ser la actuación de la autoridad de competencia en los distintos ámbitos abordados por las comunicaciones⁴⁶¹.

Estudiaremos cada una de estas comunicaciones, desde sus antecedentes, marco legal, objeto, preceptos, metodología, las novedades aportadas en cada una de sus materias, las resoluciones de la CNC y de la CNMC que se acogen a las mismas y su posterior impugnación ante los Tribunales españoles examinando con detalle aquellas sentencias –en este caso todas de la Sala de lo contencioso- administrativo, sección sexta de la Audiencia Nacional y la más reciente y controvertida jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al alcance de la Comunicación para cuantificación de sanciones- que se hayan referido a alguna de las comunicaciones, dejando las luces de cuáles son sus efectos jurídicos y su alcance en el ámbito del Derecho de la Competencia en España.

En palabras de FERNANDEZ RODRIGUEZ⁴⁶²: *«así entendidas las Comunicaciones en cuestión –que son, por cierto, un instrumento atípico, aunque muy consolidado en la*

⁴⁶⁰ Nota de prensa de la CNC del 29 de setiembre de 2011: *La CNC aprueba dos comunicaciones sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores y sobre los supuestos de formulario abreviado en concentraciones*.

⁴⁶¹ *Ídem*

⁴⁶² FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R.: “*La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticoncurrenciales*”. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. Número 11. Año 2012. Pág. 35-47.

práctica comunitaria- responden al patrón de las directrices o circulares con las que un órgano superior pretende orientar y encauzar la acción de los inferiores y asegurar un mínimo de unidad en la aplicación de las normas, especialmente en aquellos casos en que éstas otorgan a quienes han de aplicarlas márgenes amplios de discrecionalidad». Con lo que claramente se encuadran en la categoría de Derecho suave, conformando el grupo de instrumentos de Derecho suave que más relevancia han adquirido para el Derecho de la Competencia, tanto a nivel europeo (como ya hemos visto) como en España (como veremos a continuación).

A continuación, pasaremos a analizar cada una de las cuatro comunicaciones y su alcance a la luz de las resoluciones de la autoridad de defensa de la competencia, la respectiva y controvertida jurisprudencia de la Audiencia Nacional y su resolución por el Tribunal Supremo español.

Según AZOFRA ⁴⁶³, las Comunicaciones constituyen una figura extra-normativa introducida en España por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y tienen por finalidad establecer criterios de interpretación y aplicación sobre diversos aspectos de la normativa de competencia por parte de la actual CNMC, lo que redundará en una mayor transparencia y seguridad jurídica de cara a los operadores.

Las comunicaciones emitidas por la autoridad de competencia a la fecha son: -todas ellas emitidas por la anterior CNC-⁴⁶⁴.

1. Comunicación de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley

⁴⁶³ AZOFRA, J. L.: “La CNC aprueba dos Comunicaciones sobre tramitación convencional de expedientes sancionadores y sobre los supuestos de formulario abreviado de concentraciones”. En GARRIGUES, Antitrust Newsletter. Número 24. noviembre 2011 http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Boletines/Documents/Antitrust_Newsletter_24_es.pdf. [En línea]

⁴⁶⁴ Según la Nota de prensa de la CNC que aprueba dos comunicaciones sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores y sobre los supuestos de formulario abreviado en concentraciones, ambas comunicaciones han sido aprobadas tras un periodo de audiencia pública para cada una de ellas, en los que han participado los principales despachos de abogados especializados en temas de competencia. Asimismo, en el caso de la Comunicación sobre terminación convencional, su aprobación se produce tras ser oído el Consejo de Defensa de la Competencia.

15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea

2. *Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores, de 28 de setiembre de 2011.*
3. *Comunicación sobre los supuestos a los que resulta de la aplicación del formulario abreviado en los supuestos de control de concentraciones económicas, de 28 de setiembre de 2011*
4. *Comunicación sobre el programa de clemencia, de 19 de junio de 2013.*

2.1. Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones, de 6 de febrero de 2009.

La primera comunicación que analizaremos es la Comunicación de 6 de febrero de 2009 dictada por la CNC⁴⁶⁵, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea⁴⁶⁶ por ser la más relevante desde el punto de vista del desarrollo jurisprudencial y del debate jurídico que se ha dado en España en torno a sus efectos.

Con la comunicación sobre cuantificación de sanciones, la CNC hizo uso por primera vez de uno de los nuevos instrumentos con que la ley 15/2007 le dota: *la potestad de publicar Comunicaciones dedicadas a aclarar los principios que guían su actuación en la aplicación de la propia Ley*. Este mecanismo, habitual en la actuación de la Comisión Europea, se introduce por primera vez en las normas españolas de defensa de la competencia con la vigencia de la referida comunicación.

En sintonía con el debate internacional sobre la cuestión de la determinación de las sanciones óptimas para las prácticas anticompetitivas, que aconsejaba establecer criterios objetivos y transparentes para lograr que el sistema sancionador fuera eficaz y predecible,

⁴⁶⁵ La comunicación de la CNC se inspiró, fundamentalmente, en la Comunicación de la CE - Directrices para el cálculo de las multas impuestas en relación con el reglamento 1/2003.

⁴⁶⁶ Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/02/11/pdfs/BOE-A-2009-2356.pdf>. [En línea]

la comunicación persigue explicitar los criterios que han de regir la actuación de la Autoridad de Defensa de la Competencia en su función represiva.

En efecto, ante las dificultades prácticas para la aplicación del método de la sanción óptima, se optó por la alternativa de una Comunicación metodológica que fuera objetiva, consistente y de fácil aplicación⁴⁶⁷.

La CNC siguió el siguiente orden en el proceso mantenido para la elaboración de comunicación: la primera cuestión se centró en definir los objetivos que debían ser perseguidos por la Comunicación, los principios que debían ser respetados y los criterios que debían tener en cuenta, todo lo cual viene determinado por el actual marco legal y que se expone en la Sección II de la Comunicación. Seguidamente se realizó una revisión de la literatura económica de la materia, buscando un modelo que respondiese en sus fundamentos a los objetivos y criterios de la política sancionadora en el marco de la Ley 15/2007, lo cual se repasa en la Sección III de la Comunicación.

El resultado final, detallado en la Sección IV, son unas directrices que persiguen que el mecanismo de cálculo de la sanción sea claro, uniforme, transparente, predecible y eficaz en su objetivo disuasorio y compensador, de modo que genere un nivel de sanciones coherente y proporcional a la infracción cometida, independientemente de que la autoridad sancionadora sea local, nacional o comunitaria.

Una política sancionadora uniforme contribuye a una aplicación cohesionada de la legislación de Defensa de la competencia, a la vez que reduce el incentivo a buscar la intervención de una concreta autoridad en función de las expectativas que una eventual y distinta política sancionadora pudiera provocar, evitando así situaciones de «fórum shopping»⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ BERENGUER FUSTER, L.: *“Los procedimientos en materia de Defensa de la Competencia”*. En VVAA La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia. Ed Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 283

⁴⁶⁸ SANCHEZ NÚÑEZ, P. y PÉREZ ASENJO, E.: *“La elaboración de la comunicación de sanciones de la CNC... Óp. Cit. Pág. 408 y 409...”* La Comunicación se ha beneficiado del proceso seguido en su elaboración, proceso que ha gozado de una transparencia y oportunidades inmejorables, derivado del período de

El objetivo de esta Comunicación, es regular el título V (artículos 61-70) y en especial el artículo 63 de la Ley 15/2007⁴⁶⁹ para imponer sanciones a quienes infrinjan los artículos 1 (Conductas colusorias), artículo 2 (Abuso de posición dominante) y artículo 3 (Falseamiento de la libre competencia por actos desleales), así como de los artículos 101 – antiguo artículo 81 TCE- y el artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE) del TFUE.

Todo esto sobre la base de que la Autoridad de Competencia tiene potestad para imponer sanciones y en el ejercicio de esta potestad tiene un cierto margen de apreciación en aplicación del principio de proporcionalidad, dentro de los límites previstos por la propia Ley de Defensa de la Competencia.

De esta manera, mediante la comunicación sobre la cuantificación de las sanciones aplicables a los infractores de las normas de competencia, la CNC acometió establecer unas Directrices que, con carácter general, guíen su actuación, en este caso en lo referente a las sanciones dentro de los procedimientos sancionadores. Con ello se pretende contribuir a

información o consulta pública a través de la página web de la Comisión (anterior CNC), y de su discusión en el Consejo de Defensa de la Competencia. Esta forma de actuación mediante la que cualquier persona física o jurídica ha podido aportar sus comentarios y sugerencias al proyecto, permite comprender las necesidades que tiene la sociedad en una cuestión compleja como es la aplicación del derecho de la competencia. El trámite de audiencia pública seguido por la CNC no sólo se ha beneficiado de significativas observaciones, que han sido incorporadas al documento final, sino que le ha dotado de representatividad y respeto.

⁴⁶⁹ **Artículo 63. Sanciones.**

1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a) **Las infracciones leves** con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b) **Las infracciones graves** con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c) **Las infracciones muy graves** con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

3. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.

b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.

c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

mejorar la transparencia y objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos⁴⁷⁰.

En cuanto a este criterio general establecido, la propia Comunicación auto limita esta generalidad. En palabras de una de las anteriores consejeras y de asesores de consejeros de la extinta CNC: *«estas Directrices no pretenden diseñar una fórmula magistral para calcular la teórica “sanción óptima”, sino que contienen una metodología para el cálculo de sanciones en la que se exponen los pasos a seguir, las variables que con mayor verosimilitud representan los criterios establecidos en el artículo 64.1 LDC, y la valoración cuantitativa de dichas variables cuando ello sea posible. No obstante, como la propia comunicación refleja en su párrafo cuarto, la CNC es consciente de que excepcionalmente pueden darse circunstancias en las que, para cumplir su objetivo sancionador, deberá aplicar circunstancial y discrecionalmente otros criterios, discrecionalidad permitida por el legislador y que deberá estar suficientemente fundamentada»*⁴⁷¹.

El párrafo cuarto de la Comunicación⁴⁷² establece que para cuantificación de sanciones, la Autoridad de Competencia podrá excepcionalmente y para cumplir con el objetivo sancionador, analizar la aplicación circunstancial de otros criterios, que deberán estar suficientemente motivados.

Es importante analizar en qué medida estas situaciones excepciones pueden vulnerar el principio de buena fe y confianza legítima de los operadores económicos, los que actúan confiados en que la Autoridad de Competencia se acogerá para todos los casos a los

⁴⁷⁰ Párrafo 3 de la Comunicación.

⁴⁷¹ SANCHEZ NÚÑEZ, P. y PÉREZ ASENJO, E.: “La elaboración de la comunicación de sanciones de la CNC”. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. Número 5. Año 2009. Pág. 409

⁴⁷² (4) La metodología general para la cuantificación de las multas contenida en la presente Comunicación será aplicada con carácter general. Excepcionalmente, la CNC podrá encontrar necesario, para cumplir con el objetivo sancionador, la aplicación circunstancial de otros criterios, que deberán estar suficientemente motivados. Razones como la dificultad de alcanzar los objetivos de la Comunicación contenidos en (3) o la imposibilidad material de aplicar la metodología general por ausencia de información, pueden hacer necesario el empleo de otros criterios no explicitados en la presente Comunicación y conformes en todo caso con lo establecido en la Ley.

Directrices y criterios establecidos en su Comunicación, para lo cual adelantamos que resulta obligada la motivación por parte de la Autoridad de Competencia. Veremos cómo la Comisión Europea ha hecho uso de este principio en su Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (35) y expondremos sentencias donde la Audiencia Nacional ha entendido que procedía la excepción marcada por el párrafo cuarto de la Comunicación.

En el párrafo cuarto de la comunicación se habla de dos razones no taxativas para que excepcionalmente, la CNC, para cumplir con el objetivo sancionador, se aparte de la metodología de su Comunicación y utilice la aplicación circunstancial de otros criterios, los que deberán estar suficientemente motivados.

En cuanto a la primera razón que señala la comunicación se encuentra *«la dificultad de alcanzar los objetivos de la Comunicación contenidos en el párrafo tercero y la segunda razón citada es la imposibilidad material para aplicar la metodología general por ausencia de información»*⁴⁷³.

En la sentencia del 12 de abril de 2013⁴⁷⁴, mencionando tanto las Directrices de la Unión Europea para el cálculo de las multas como la Comunicación de la CNC⁴⁷⁵, la Audiencia Nacional ha resuelto el caso, partiendo de la potestad que el párrafo cuarto brinda a la Autoridad de Competencia de aplicar circunstancialmente otros criterios para cuantificar las sanciones, con el fin de cumplir más cabalmente con el objetivo sancionador. Veamos a través de esta sentencia un ejemplo claro.

⁴⁷³ De igual manera que las directrices para cuantificación de multas de la Comisión europea, la cual fue analizada en el Capítulo III

⁴⁷⁴ Recurso 395/2011. SAN 1527/2013

⁴⁷⁵ *En derecho español a diferencia del Derecho comunitario no existe un precepto similar, pero ello no impide a juicio de esta Sala que la CNC esté facultada para reducir el importe de una sanción económica si existen pruebas objetivas de que la imposición de una multa, pondría irremediabilmente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor. En este sentido el artículo 64 LDC 2007 aunque no establece expresamente como circunstancia atenuante la incapacidad contributiva de la empresa, no contiene una numeración cerrada de circunstancias a considerar.*

En esta sentencia (12 de abril de 2013), en cuanto a la relación entre el importe de la sanción y los resultados económicos, la actora señala que el límite establecido tanto por la LDC como por el Reglamento 1/2003 a la potestad sancionadora de las autoridades de Defensa de la Competencia persigue garantizar la consecución de un efecto disuasorio derivado de la actuación de dichas autoridades *"lo que no debe confundirse con el efecto aniquilador o destructivo que derivaría de una actuación de las autoridades que, más allá de sancionar prácticas anticompetitivas, provocaría la desaparición de las empresas destinatarias de sus sanciones"*.

En este sentido, el artículo 35 de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (35) establece que *"en circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor"*⁴⁷⁶.

En derecho español a diferencia del Derecho comunitario no existe un precepto similar pero ello no impide a juicio de la Audiencia Nacional que la CNC esté facultada para reducir el importe de una sanción económica si existen pruebas objetivas de que la imposición de una multa, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor⁴⁷⁷. En este sentido el artículo 64

⁴⁷⁶ El apartado 35 ha sido aplicado por la Comisión de manera muy excepcional y después de una cuidadosa revisión de las condiciones establecidas: análisis de estados financieros de los últimos años, las previsiones del ejercicio y los futuros, coeficientes que miden la solidez financiera, la rentabilidad, la solvencia, la liquidez. (Decisiones de la Comisión Europea de 11 de noviembre de 2009, asunto COMP/38589, de 20 de julio de 2010 asunto COMP/38866, de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092, de 30 de junio de 2010 asunto acero de pretensado COMP/38344)

⁴⁷⁷ Pruebas objetivas como: 1) la existencia de un contexto económico y social particular constituido por las consecuencias que el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos en los que opera la empresa sancionada; 2) que el pago de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa. Por lo tanto, es necesario que exista una relación de

LDC 2007 aunque no establece expresamente como circunstancia atenuante la incapacidad contributiva de la empresa, no contiene una numeración cerrada de circunstancias a considerar.

La reducción de las multas por la situación financiera deficitaria de una empresa constituye una facultad y no una obligación de la Comisión y así vemos un ejemplo de la utilización de la excepción dispuesta en el párrafo cuarto de la Comunicación, ya que el apartado cuarto de la comunicación de cuantificación de las sanciones establece la facultad de la CNC de aplicar otros criterios de cuantificación de las multas de forma motivada, por lo que no le está vedado a la CNC realizar reducciones de multa teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y ello acorde con el principio de proporcionalidad que con carácter general debe aplicarse en la imposición de multas⁴⁷⁸.

Esto no significa que la Comunicación no auto vincule a la Autoridad de Competencia y que pueda apartarse de ella siempre que quiera, sólo –y solamente así debería entenderse– para tener en cuantas circunstancias particulares que no estén previstas en la Comunicación, siempre velando por el cumplimiento del *principio de proporcionalidad que con carácter general debe aplicarse en la imposición de multas*. Es decir, en aras de una sanción más eficaz, tal y como vemos en los casos citados.

Con ello vemos un claro ejemplo de cómo la realidad siempre supera las previsiones normativas y de cómo no se trata de una vinculación positiva de la autoridad de Defensa de la Competencia de solo poder actuar en los parámetros establecidos en la Comunicación. Si

causalidad entre el pago de la multa y su incidencia en la viabilidad de la empresa, es decir que los efectos adversos sean causados por el pago de la multa y no por otros factores; 3) que conlleve la pérdida de valor de activos no siendo suficiente la existencia de una situación de quiebra o insolvencia si no se traduce en una pérdida de valor de los activos.

⁴⁷⁸ De la misma manera la AN ha interpretado el párrafo cuarto de la Comunicación en la Sentencia de 26 de febrero de 2013. Recurso 646/2011. SAN 878/2013... «*Por otra parte el apartado cuarto de la comunicación de cuantificación de las sanciones establece en el apartado cuarto la facultad de la CNC de aplicar otros criterios de cuantificación de las multas de forma motivada, por lo que no le está vedado a la CNC realizar reducciones de multa teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y ello acorde con el principio de proporcionalidad que con carácter general debe aplicarse en la imposición de multas*». También en la Sentencia de 25 de febrero de 2013. Recurso 390/2011. SAN 888/2013, sentencia de 13 de febrero de 2013. Recurso 377/2011. SAN 754/2013 y Sentencia de 5 de febrero de 2013. Recurso 420/2011. SAN 388/2013

se da el supuesto de imposibilidad de aplicar los criterios explicitados por falta de información o dificultad de alcanzar los objetivos, se podrá recurrir a la aplicación circunstancial de otros criterios⁴⁷⁹.

En la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones se desarrollan aspectos claves tan importantes como: el cálculo del importe básico de la sanción o la determinación del coeficiente de ajuste⁴⁸⁰.

También efectúa aclaraciones conceptuales tales como la delimitación del concepto de “mercado de reciente liberalización” en los siguientes términos: *«La LDC, en la letra b) de su artículo 62.4⁴⁸¹, establece como infracción muy grave el abuso de posición dominante en un “mercado recientemente liberalizado”. Se entenderán como tales aquellos mercados en proceso de liberalización supervisados por autoridades regulatorias o mercados objeto de un proceso normativo tendente a favorecer la entrada de nuevos operadores»⁴⁸².*

En palabras de quien fuera el primer Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia española, Luis Berenguer:

«la metodología de la Comunicación, cercana a la seguida por otras Autoridades de Competencia y a la contenida en las Directrices publicadas por la Comisión Europea en 2006, se estructura en tres fases. En la primera, se establece el importe básico de la multa que trata de valorar las cuestiones de carácter más cuantitativo (efectos, daño, beneficio ilícito...) y se situará entre

⁴⁷⁹ PADRÓS REIG, C: “Objetividad, predictibilidad y determinación normativa... Op. Cit. Pág. 12

⁴⁸⁰ (8) La cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de competencia se realiza en las fases siguientes:

i Determinación del importe básico de la sanción.

ii Aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes.

iii Ajuste, cuando proceda, de la cantidad obtenida en el punto (ii) a los límites establecidos en la LDC y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción.

⁴⁸¹ **Artículo 62 LDC. Infracciones.**

1. Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.

4. Son infracciones muy graves:

b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un *mercado recientemente liberalizado*, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.

⁴⁸² Párrafo 21.

el 10% y el 30% del volumen de ventas afectado por la infracción. En la segunda, se le aplica a dicha cantidad un coeficiente de ajuste, que será el resultante de considerar, en su caso, los agravantes y atenuantes que concurran, tratando de incorporar variables más cualitativas (fundamentalmente, variables de actitud de empresa). Por último, en la tercera fase se ajusta la cantidad previamente obtenida a los límites establecidos en la Ley, así como al beneficio ilícitamente obtenido. No obstante, la propia Comunicación reconoce que, excepcionalmente, pueden darse casos en los que, para cumplir su objetivo sancionador, deberá aplicarse circunstancial y discrecionalmente otros criterios, discrecionalidad permitida por el legislador y que deberá estar suficientemente fundamentada»⁴⁸³.

De esta manera, vemos que el método de cálculo de la sanción pecuniaria como consecuencia de una infracción de los artículos sustantivos de la LDC se articula, siguiendo la Comunicación, en tres pasos:⁴⁸⁴

En el primer paso se parte del volumen de negocios afectado por la infracción durante el tiempo ponderado de la misma, al que se le aplica un tipo infractor cuyo nivel se establecerá según criterios básicamente de gravedad y alcance con un tope máximo del tipo del 30%. El resultado es el importe básico de la sanción. Si procede la aplicación de agravantes o atenuantes, estos se harán en la segunda fase, sobre el importe básico. Por último, se debe verificar que el importe hasta ese momento obtenido no supera el límite máximo que la LDC impone como salvaguarda del equilibrio financiero de la empresa sancionada, y que se fija en el 10% del volumen de negocios total de la empresa. La comunicación añade un límite inferior para los casos en los que sea posible estimar el beneficio ilícito derivado de la infracción, con el fin de que la sanción no sea inferior a dicho beneficio, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el fundamento de

⁴⁸³ BERENGUER FUSTER, L.: “*Los procedimientos en materia de Defensa de la Competencia. Op. Cit.* Pág. 283

⁴⁸⁴ En opinión de CUERDO MIR, M y BRIONES ALONSO J.: “*Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores... Op. Cit.* Pág 301 “Tanto en las Directrices comunitarias como en la Comunicación española, se propone un modelo en dos etapas. En una primera fase se introduce una combinación de criterios relacionados con el nivel de ventas de las empresas infractoras afectado por la infracción, la gravedad de la propia infracción, así como la duración de la misma. En una segunda etapa, una vez obtenido un importe básico, se introduce un conjunto de circunstancias agravantes y atenuantes que pueden elevar o disminuir el importe básico calculado”

racionalidad que subyace en el principio disuasorio y lo aplicado por otras jurisdicciones homólogas⁴⁸⁵.

El importe básico para el cálculo de la sanción que hemos descrito se obtiene aplicando la siguiente fórmula (Fórmula contenida en la Comunicación)

$$IB = p (\%) \cdot \sum_{i=1}^T VMA_i \cdot \alpha_i$$

Donde:

IB = Importe Básico

p(%) = porcentaje según gravedad y tipo de producto o servicio
(10-30%) [punto (14)]

VMA_i = Volumen Ventas en el Mercado Afectado por la Infracción en
el año i, siendo i = 1 ,.....,T

T = años de duración de la infracción

α_i = coeficiente de ponderación en el año i [punto (15)]

Fuente: Anexo de la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones

Para el importe básico de la multa, la Comunicación, al igual que la mayoría de los países, contiene una fórmula de cálculo en la que intervienen tres parámetros: el volumen de ventas afectado por la infracción, la gravedad y la duración. El *volumen de ventas en el mercado afectado por la infracción* pretende medir el efecto de la infracción donde ésta ha generado efectos, que no tiene por qué coincidir con el concepto de mercado relevante ni con el volumen total de facturación de la empresa infractora, sino que dependerá, entre otros factores, de la naturaleza de la infracción y del alcance de la misma. Respeto de la *duración* de la infracción, se ha optado por darle una ponderación mayor a los efectos de la conducta

⁴⁸⁵ SANCHEZ NÚÑEZ, P.: “Las sanciones tras la comunicación de la CNC” en VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. Pág. 336 y SANCHEZ NÚÑEZ, P. y PÉREZ ASENJO, E.: “La elaboración de la comunicación de sanciones de la CNC”. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. Número 5. Año 2009. Pág. 414

en los momentos actuales que en los pasados. Para ello se establece un coeficiente de ponderación que comienza en 1 y se va reduciendo en ramos de 25% hasta el cuarto año, mientras que a partir del séptimo año el peso será del 5% para cada año. El *porcentaje* parte del 10%, pero puede incrementarse hasta en diez puntos porcentuales de forma acumulativa si la infracción es muy grave, por lo que el importe básico se situará entre un 10 y un 30 % del volumen de ventas afectado por la infracción⁴⁸⁶.

Veremos más adelante cómo ha entendido la Audiencia Nacional ese cálculo del importe básico que según la Comunicación puede situarse entre un 10 y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción.

Sea como fuere, la Comunicación introduce por primera vez en España, unos parámetros objetivos para el cálculo de las multas y con ella notamos la cualidad de un instrumento de Derecho suave que es susceptible de brindar claridad interpretativa, criterios objetivos y de establecer conceptos que la ley no aclara, denotando una de las característica propias del Derecho suave cual es la de proporcionar claridad y transparencia en la aplicación de la ley en la interpretación -en este caso- de la Ley de Defensa de la Competencia.

2.1.1 Alcance de la comunicación a la luz de las resoluciones de la Autoridad de Competencia y de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

A continuación analizaremos una asentada y controvertida doctrina de la Audiencia Nacional⁴⁸⁷ en referencia a la aplicación de la metodología utilizada en la Comunicación y su reciente respuesta por parte del Tribunal Supremo.

El núcleo del análisis parte del estudio de todas las resoluciones tanto de la Comisión Nacional de la Competencia como de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, donde se hecho uso de su Comunicación para cuantificación de las sanciones

⁴⁸⁶ SANCHEZ NÚÑEZ, P. y PÉREZ ASENJO, E.: “*La elaboración de la comunicación de sanciones de la CNC...* Óp. Cit. Pág. 415

⁴⁸⁷ Sección 6ª Sala de lo Contencioso Administrativo

como parámetro en la cuantificación de la sanción; resoluciones éstas que han sido recurridas y luego resueltas por la Audiencia Nacional⁴⁸⁸.

Veremos cómo ha interpretado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el alcance de esta Comunicación en la totalidad de sentencias que se refieren a este tema desde la puesta en vigencia de la Comunicación en febrero de 2009 hasta enero de 2017.

Amén de hacer mención al controvertido debate que plantea la reciente doctrina de la AN y el resultado tras el fallo del TS, veremos también cómo, los mismos jueces han utilizado la Comunicación para la cuantificación de las sanciones como una herramienta de interpretación eficaz de la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007.

Para cumplir el objetivo de cubrir la totalidad de sentencias de la AN referidas a esta Comunicación, tanto en su controvertida doctrina acerca del importe básico de la sanción como en las que utiliza la Comunicación como herramienta útil de interpretación, dividiremos el análisis dos grupos de sentencias:

- i. Primer grupo: *doctrina de la Audiencia Nacional cuestionando la metodología de la Comunicación para cuantificación de las sanciones y la respuesta del Tribunal Supremo al recurso de casación, y,*
- ii. Segundo grupo: *interpretación coincidente con el alcance y sentido de la comunicación para cuantificación de las sanciones.*

2.1.1.a) Primer grupo de sentencias analizadas: la doctrina de la Audiencia Nacional cuestionando la metodología de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones y la respuesta del Tribunal Supremo al recurso de casación.

2.1.1.a) 1. Fallos de la Audiencia Nacional

Periodo de estudio: desde la publicación de la comunicación en febrero de 2009 hasta el fallo del Tribunal Supremo en enero de 2015.

Con carácter general, la Audiencia Nacional ha comenzado a aplicar una asentada doctrina en los procesos judiciales pendientes en los que se revisan resoluciones sancionadoras de la Autoridad española de Defensa de la Competencia.

Esta doctrina de la Audiencia Nacional sobre el cálculo de las sanciones previstas en la LDC de 2007 parece buscar la aplicación a la LDC de los principios generales del Derecho administrativo sancionador, alineando la legislación de la competencia a la exégesis aplicada a otras normas sancionadoras del ordenamiento jurídico español.

Adelantemos cuales son los puntos controvertidos.

La CNC entendió en su Comunicación que la Autoridad de Defensa de la Competencia debe tener en cuenta tanto los elementos disuasorios como compensatorios en el cálculo de su sanción, ya que ésa es la voluntad que el legislador expresa a través de la LDC.

Para lograr que este carácter disuasorio sea efectivo deben cumplirse al menos dos requisitos básicos: que el nivel de la sanción sea suficiente y que el mismo sea predecible. En este sentido, la nueva LDC ha supuesto un claro avance, pues al introducir la graduación y tipificación de las conductas infractoras, está contribuyendo a mejorar la uniformidad, claridad y transparencia del régimen sancionador, lo que se traducirá en una mayor predictibilidad. Sin embargo, pese a esta mejora legislativa, la CNC ha considerado que aún había margen para reforzar el carácter disuasorio. El siguiente elemento clave en el diseño del esquema sancionador, según ha sido resaltado en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, es el principio de proporcionalidad. Según éste principio, las multas no deben superar la cuantía estrictamente necesaria para lograr el objetivo disuasorio, pues podrían suponer una sobrevaloración desproporcionada⁴⁸⁹.

Justamente en este sentido, el punto más controvertido de la Comunicación lo encontramos en el párrafo catorce de la misma y es allí donde la Audiencia Nacional ha sentado una clara postura desestimando sendas resoluciones en donde la Autoridad de Competencia ha

⁴⁸⁹ SANCHEZ NÚÑEZ, P. y PÉREZ ASENJO, E.: *“La elaboración de la comunicación de sanciones de la CNC... Óp. Cit.* Pág. 410

hecho uso del criterio establecido en su Comunicación para calcular el importe básico de la sanción.

Por la relevancia de este tema, transcribimos el contenido del párrafo catorce de la Comunicación:

«El importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse en consideración a los siguientes criterios de forma cumulativa: i Si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales. ii Si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales. Por lo tanto, el importe básico se situará entre un 10 y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción».

El párrafo transcrito ha seguido el método de las Directrices para el cálculo de multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) n° 1/2003, en donde puede suceder que el cálculo supere el umbral previsto en el artículo 63 de la Ley española de Defensa de la Competencia, siendo el umbral de la LDC el siguiente:

«Artículo 63. Sanciones. 1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros».

El conflicto se plantea por el hecho de que la Comunicación amplía el tope legal del 10% del volumen de negocios total de la empresa establecido por la LDC, al disponer que el importe básico se sitúe entre un 10 y un 30 % del volumen afectado por la infracción, lo cual constituye el núcleo del análisis definitivo realizado por el Tribunal Supremo, pero veremos antes cómo ha resuelto la Audiencia Nacional este fundamental problema que nos obliga a reflexionar sobre el alcance del Derecho suave, siendo éste el núcleo del análisis que tendrá en cuenta el TS.

Otro tema controvertido dispuesto en la Comunicación fue resuelto por la AN considerando que el volumen de negocios total sobre el que debe aplicarse el porcentaje correspondiente se refiere al mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, con exclusión de otras ramas de la actividad sancionada.

Para la posición mayoritaria de la Audiencia Nacional el artículo 25.1 de la Constitución no se compadece con una interpretación que tome los límites máximos del artículo 63 LDC como factores de moderación de los resultados que procedan de la aplicación de criterios administrativos. Declara, que el 10% del volumen de negocios (artículo 63.1, c) define un arco sancionador sobre el que opera el principio de proporcionalidad, es decir, la jurisprudencia contencioso-administrativa suele ver en los límites máximos de las normas sancionadoras la determinación de un arco sancionador en el que se establece una jerarquía de sanciones vinculadas al principio de proporcionalidad⁴⁹⁰.

En suma, el conflicto interpretativo entre la posición mayoritaria de la Audiencia Nacional y el voto particular se reconduce en último término a la definición de la naturaleza del límite máximo: si estamos ante un límite que configura un arco sancionador o ante un mero factor de moderación que adecue la sanción calculada por la Administración a la capacidad económica de la empresa⁴⁹¹, siendo la primera definición la mantenida por la Audiencia Nacional y la segunda, la seguida por la Comunicación.

Luego de haber establecido los puntos del conflicto planteado en este primer grupo de sentencias, pasemos al análisis de la totalidad de sentencias, citando la postura concreta de la Audiencia Nacional en algunos casos seleccionados.

Sentencia de 9 de abril de 2014. (SAN 1558/2014). Recurso número 222/2011. Ponente: ANA ISABEL RESA GOMEZ y Sentencia de 2 de abril de 2014. (SAN 1589/2014). Recurso 194/2011. Ponente: ANA ISABEL RESA GOMEZ. Ambas al momento de valorar la Comunicación de la CNC para cuantificación de las sanciones, se remiten además a las

⁴⁹⁰ VÉLEZ FRAGA, M: “*El cálculo de las sanciones en materia de Defensa de la competencia según la reciente doctrina de la Audiencia Nacional*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Número 35. Año 2013. Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3911/documento/fe2.pdf?id=4798>. [En línea]

⁴⁹¹ *Ibidem*

Sentencias: Sentencia de 7 de marzo de 2014. (SAN 1171/2014). Recurso número 670/2011. Ponente: CONCEPCIÓN MONICA MONTERO ELENA y Sentencia de 12 de marzo de 2014. (SAN 1092/2014). Recurso número 172/2011. Ponente: ANA ISABEL RESA GOMEZ.

Con respecto a estas 4 sentencias y en especial las Sentencias de 9 de abril de 2014 (recurso 222/2011) y del 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011)⁴⁹² hemos decidido tratarlas conjuntamente para explicar el debate en torno al método de la Comunicación para cuantificación de sanciones por la gravedad del caso en cuestión y por tratarse de una conducta colusoria de más de 20 años.

El recurso 222/2011 fue interpuesto por EUGENE PERMA GROUP, SAS, siendo codemandadas L’Oreal España SA Y L’Oreal S. A, Productos Cosméticos SLU (Wella), Henkel Ibérica SA y Henkel AG.CO KGAA y el recurso 194/2011, interpuesto por L’Oreal España SA Y L’Oreal S.A siendo codemandadas Productos Cosméticos SLU (Wella), Henkel Ibérica SA y Henkel AG.CO KGAA.

Ambos recursos fueron interpuestos contra resolución de la CNC del día 2 de marzo de 2011, relativa a expediente sancionador (expediente sancionador S/0086/08), Peluquería profesional incoado por la Dirección de investigación de la CNC por incumplimiento de la Ley de Defensa de la competencia (artículo 1), con una cuantía de 1.523.000 euros y 23.201.000 euros, respectivamente⁴⁹³.

⁴⁹² Sentencias que a su vez se remite a otra, de fecha 7 de marzo de 2014 dictada en el recurso 670/11, ya que en ella ha sido tratada detenidamente el análisis de la cuantificación de la sanción.

⁴⁹³ PRIMERO.- Declarar a L’ORÉAL ESPAÑA S.A. y su matriz L’ORÉAL, S.A.; PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) y su matriz The Procter & Gamble Company; THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. y a su matriz TCGP; EUGÈNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. y a su matriz EUGENE PERMA GROUP SAS; COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO), COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN), HENKEL IBÉRICA, S.A. y su matriz Henkel AG Co KGaA; DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA), responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC , por haber llevado a cabo una práctica concertada, durante el periodo que va desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008.

SEGUNDO. - Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:
- L’ORÉAL ESPAÑA S.A. una multa de 23.201.000€, (Veintitrés millones doscientos un mil Euros) De este importe hasta un total de 21.854.000€, (Veintiún millones ochocientos cincuenta y cuatro mil Euros), resulta responsable de forma solidaria su matriz L’ORÉAL, S.A;

En el año 2010 la CNC sanciona a las ocho empresas imputadas por una infracción tanto del artículo 1 de la Ley 11/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, como del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 de la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia vigente⁴⁹⁴, por los acuerdos e intercambios de información comercial sensible realizados desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008. Conductas calificadas como muy graves.

Las empresas imputadas actuaban, entre otros, en el segmento de los productos para el cuidado del cabello destinados a su uso por profesionales de la peluquería, que se venden a salones de peluquería, vendiéndose también una pequeña proporción de la producción a los consumidores finales a través de las peluquerías. Las empresas imputadas agrupadas en el denominado G8, son los principales operadores presentes en el mercado español de

-
- PRODUCTOS COSMÉTICOS, S.L.U. (WELLA) una multa de 12.032.000€, (doce millones treinta y dos mil Euros). De este importe hasta un total de 6.196.981€ (seis millones ciento noventa y seis mil novecientos ochenta y un Euros) resulta responsable de forma solidaria su matriz The Procter & Gamble Company;
 - THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. una multa de 8.739.000€, (ocho millones setecientos treinta y nueve mil Euros). De este importe hasta un total de 7.770.000€, (siete millones setecientos setenta mil Euros), resulta responsable de forma solidaria su matriz TCGP;
 - EUGÈNE PERMA ESPAÑA, S.A.U. una multa de 2.288.000€, (dos millones doscientos ochenta y ocho mil Euros). De este importe hasta un total de 1.523.000€, (un millón quinientos veintitrés mil Euros), resulta responsable de forma solidaria su matriz EUGENE PERMA GROUP, SAS;
 - COSMÉTICA COSBAR, S.L. (MONTIBELLO) una multa de 2.555.000€, (dos millones quinientos cincuenta y cinco mil Euros).
 - COSMÉTICA TÉCNICA, S.A. (LENDAN) una multa de 1.003.000€, (Un millón tres mil Euros).
 - HENKEL IBÉRICA, S.A. una multa de 9.890.000€, (nueve millones ochocientos noventa mil Euros) de la que es responsable solidaria su matriz HENKEL AG Co KGaA.
 - DSP HAIRCARE PRODUCTS, S.A. una multa de 299.000€, (Doscientos noventa y nueve mil Euros).
 - Y a la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (STANPA) una multa de 900.000€, (novecientos mil Euros).

TERCERO. - Eximir a HENKEL IBÉRICA, S.A. y a su matriz Henkel AG Co KGaA del pago de la multa que le corresponde por reunir los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC.

CUARTO. - Las anteriores empresas y la Asociación justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la obligación impuesta en el resuelve segundo.

QUINTO- Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

⁴⁹⁴ Como quiera que estas leyes a lo largo de estos años sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico, así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal y no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua.

fabricación y distribución de productos de peluquería profesional, con una cuota de mercado conjunta superior al 70%.

Las mencionadas ocho empresas fueron sancionadas por infracción del artículo 1 de LDC como consecuencia de la adopción de acuerdos para el intercambio de información sensible y un pacto de no captación de trabajadores, constituyendo un cártel existente desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008⁴⁹⁵.

La CNC a la hora de calcular la sanción, tuvo en cuenta que la conducta incurría en una de las infracciones más graves contra la competencia y que la conducta incide de forma directa sobre todo el mercado español de productos para peluquería profesional, en el que se ha desarrollado, porque las empresas infractoras realizan un 70% del negocio de este mercado. Además, la conducta que se ha mantenido de forma ininterrumpida durante un periodo de casi 20 años. Por lo cual, de acuerdo con los criterios de la LDC, estaríamos ante una conducta infractora que por su gravedad, duración y por afectar a todo el mercado en el que ha tenido lugar, es acreedora de una sanción elevada dentro de las previstas para las infracciones muy graves por el artículo 63.1 c) de la LDC de acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC, califica la infracción de muy grave y acreedora de una sanción de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

Para el cálculo de la multa el Consejo ha tenido en cuenta los ingresos antes de impuestos, que las empresas han comunicado, obtenidos por las imputadas en el mercado de peluquería profesional a lo largo de los veinte años en que el cártel ha estado funcionado y ha aplicado la *comunicación sobre la cuantificación de las sanciones*, publicada en el año 2009, en la que, en aras de la transparencia y la seguridad jurídica, esta CNC dio a conocer los criterios que tenía pensado aplicar en el cálculo de las multas en cumplimiento de los preceptos de la LDC y al objeto de potenciar el efecto disuasorio de la mismas.

⁴⁹⁵ Es claro que estas ocho empresas, con una cuota de mercado superior al 70%, tenían la capacidad, y así lo hicieron, para montar un cártel y tener controlado el mercado en el que todas ellas mantuvieron sus posiciones, sin demostrar una auténtica competencia entre las mismas durante estos años. Limitación de la competencia que afectó a precios, cantidades, beneficiando exclusivamente a las empresas del grupo y en detrimento de los clientes y consumidores y de otros competidores excluidos del acuerdo.

Por lo que se refiere al techo de la multa que el artículo 63.1. c) establece en el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el año anterior al de la imposición de la multa, el Consejo ha tomado los datos aportados por las imputadas del ejercicio 2009, últimas cuentas cerradas.

Así expuesto el caso, pasemos a analizar la controvertida doctrina de la Audiencia Nacional en base a la naturaleza del porcentaje del volumen de negocios como límite máximo que define un arco sancionador en el que ha de operar el principio de proporcionalidad y en cuanto a la consideración de que el volumen de negocios total sobre el que debe aplicarse el porcentaje correspondiente se refiere al mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, con exclusión de otras ramas de actividad de la empresa sancionada.

Analicemos cada punto por separado.

Con respecto al primer punto, la Comunicación de la CNC sobre Cuantificación de sanciones, en su papel de guía de actuación, regula el margen de apreciación en la aplicación del principio de proporcionalidad del artículo 63 de la LDC en tres fases⁴⁹⁶, partiendo de la determinación de lo que denomina «importe básico de la sanción». Dicho importe se calcula teniendo en cuenta la dimensión y características del mercado afectado, su duración y sus efectos, calculado como una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción, que será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ (Párrafo 8 de la Comunicación) La cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de competencia se realiza en las fases siguientes:

i Determinación del importe básico de la sanción.

ii Aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes.

iii Ajuste, cuando proceda, de la cantidad obtenida en el punto (ii) a los límites establecidos en la LDC y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción.

⁴⁹⁷ Párrafos 9 y 10 de la comunicación.

Sobre esta suma ponderada se aplican unos porcentajes de modo que, en función de la gravedad de la infracción, ésta se situará entre un 10 y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción, considerando todos los años de duración de la conducta ilícita⁴⁹⁸.

Este criterio utilizado en la Comunicación de la CNC está inspirado en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) N° 1/2003⁴⁹⁹.

Como consecuencia de este método de cálculo puede suceder que se supere el umbral previsto en el artículo 63 de la LDC. En tal caso, la Comunicación de la CNC al igual que las Directrices de la Comisión para el cálculo de multas, dispone que la sanción se sitúe en ese límite máximo⁵⁰⁰.

Con respecto a la Comunicación de multas de la Comisión Europea, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-352/09, *Novacke/Comisión*) que se refiere a la norma europea aplicable, expresa:

«[...] se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de ese límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios [...]»

En el caso en cuestión, la CNC en su resolución señala los criterios del artículo 64 para la determinación del importe de las sanciones y al momento de calcular la sanción, sostiene

⁴⁹⁸ (El controvertido y ya citado párrafo 14 de la Comunicación) El importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse en consideración a los siguientes criterios de forma cumulativa:

i Si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales.

ii Si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales.

Por lo tanto, el importe básico se situará entre un 10 y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción.

⁴⁹⁹ Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901(01)). [En línea]

⁵⁰⁰ VÉLEZ FRAGA, M: “*El cálculo de las sanciones... Op. Cit.* Pág. 89

que se comprueba la existencia de una de las infracciones más graves contra la competencia y que la conducta incide de forma indirecta sobre todo el mercado español de productos de peluquería profesional, en el que se ha desarrollado, porque las empresas infractoras realizan un 70% del negocio de este mercado.

Además, la conducta se ha mantenido de forma ininterrumpida durante un periodo de casi 20 años. Por lo cual, de acuerdo con los criterios de la LDC, estaríamos ante una conducta infractora que, por su gravedad, duración y por afectar a todo el mercado en el que ha tenido lugar, es acreedora de una sanción elevada dentro de las previstas para las infracciones muy graves por el artículo 63.1 c) de la LDC.

Como ya habíamos dicho al inicio del análisis de la sentencia, para el cálculo de la multa, el Consejo ha tenido en cuenta los ingresos antes de impuestos, que las empresas han comunicado, obtenidos por las imputadas en el mercado de peluquería profesional a lo largo de los veinte años en que el cártel ha estado funcionado y ha aplicado la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones, publicada en el año 2009⁵⁰¹.

Sin embargo, la jurisprudencia contencioso-administrativa suele ver en los límites máximos de las normas sancionadoras la determinación de un arco sancionador en el que se establece una jerarquía de sanciones vinculadas al principio de proporcionalidad. A las conductas más graves concebibles corresponderá la máxima sanción posible y, en comparación con esa conducta más grave concebible, corresponderá a las demás infracciones una sanción inferior. De esta idea surge la tradicional división del arco sancionador previsto por la norma en tres tercios que definen los grados máximo, medio y mínimo en los que habrá de situarse la sanción correspondiente⁵⁰².

⁵⁰¹ Por lo que se refiere al techo de la multa que el artículo 63.1. c) establece en el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el año anterior al de la imposición de la multa, el Consejo ha tomado los datos aportados por las imputadas del ejercicio 2009, últimas cuentas cerradas. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo considera que las cuantías de las multas, que de acuerdo con las disposiciones sancionadoras de la LDC cumplen los principios de proporcionalidad y disuasión son las siguientes: L'OREAL una multa de 23.201.000 €.

⁵⁰² Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1986, ref. Aranzadi RJ 1986\6612; o como ejemplo práctico de esa división en tres tramos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de enero de 1998, rec. n.º 11/1996, FJ 2.º *in fine*

En cuanto al umbral de nivelación, según la jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea, la cuantía correspondiente al 10% del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de competencia NO ES una multa máxima que sólo debe imponerse en el caso de infracciones más graves. Se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculando en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción⁵⁰³. El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe superior al límite del 10%⁵⁰⁴.

En conclusión, se confrontan la tesis del umbral de nivelación seguido por la Comisión europea y por la Comunicación de la CNC⁵⁰⁵, con la tesis del límite máximo de la LDC como un arco sancionador en el que opera el principio de proporcionalidad mantenida por la Audiencia Nacional⁵⁰⁶.

La Audiencia Nacional se decanta por la segunda tesis por dos razones.

Por un lado, se recuerda la tradicional jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁰⁷ sobre el principio de tipicidad en materia sancionadora derivado del artículo 25.1 de la Constitución española⁵⁰⁸ y que impone la exigencia de predeterminación normativa de las sanciones que puedan corresponder a la comisión de conductas ilícitas.

⁵⁰³ Sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283

⁵⁰⁴ Sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279

⁵⁰⁶ Esta Sala ha declarado reiteradamente, al estudiar los artículos 10 de la Ley 16/1898 y 63 de la Ley 15/2007, ha concluido que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados. Sentencia de 24 de junio de 2014. Recurso 158/2013. SAN 2916/2014

⁵⁰⁷ TC 100/2003, de 2 de junio de 2003

⁵⁰⁸ **Artículo 25.1 CE:** Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Por otro lado, se parte de la distinción institucional entre la Comisión Europea y la CNC, en atención a que la Comisión Europea tiene atribuida iniciativa legislativa y puede adoptar, por delegación, actos no legislativos de desarrollo de actos legislativos. La Audiencia Nacional parece considerar, así, que las Directrices de la Comisión ocupan en el ordenamiento europeo una posición institucional de naturaleza diferente a la Comunicación de la CNC⁵⁰⁹.

Así cosas, según la AN, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, *ha de hacerse conforme a la legislación nacional española*; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución.

Por ello, la AN entiende que los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el Tribunal Constitucional denomina "*cuadro de las existentes*" y entiende que interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, **contradice frontalmente el principio de *Lex certa* y reserva legal**, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto da el Tribunal Constitucional.

Dicho en palabras de la Audiencia Nacional:

«En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves – hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la

⁵⁰⁹ VÉLEZ FRAGA, M: "El cálculo de las sanciones... Óp. Cit. Pág. 90

escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC».

Por todo ello y según la actual y reciente jurisprudencia de la AN, el 10% del volumen de negocios obtenido en el ejercicio anterior a la imposición de la sanción *se convierte en el límite máximo de la multa*, quedando definido con él el arco sancionador en el que ha de aplicarse el principio de proporcionalidad y graduarse la concreta sanción por parte de la CNC por referencia a los factores previstos por el artículo 64 de la LDC.

Por consiguiente y según la Audiencia Nacional española, no se trata de que a través de Derecho suave se desplacen criterios tales como la duración y el mercado afectado en la operación de cuantificación, sino que éstos criterios establecidos en la Comunicación para la cuantificación de multas, han de aplicarse dentro del cuadro definido por el legislador y no fuera de él.

Con respecto al alcance de la Comunicación de la CNC, la Audiencia Nacional expresa:

«La CNC en sus Comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones. Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados. La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 – y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables. En este sentido se expresó la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observaba vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989, pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa

pecuniaria, y admitía la posibilidad de una graduación razonada atendiendo también a los criterios legalmente establecidos».

La metodología contenida en la Comunicación de la CNC y destacada luego en los votos particulares⁵¹⁰ que han seguido a este grupo de sentencias, ha sido la de asumir la concepción del límite máximo legal como umbral de nivelación.

⁵¹⁰ El voto particular del Sr. Magistrado D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA en la sentencia de 9 de abril de 2014 (recurso 222/2011), es de importante mención ya que discrepa en la identificación que ha venido haciendo la Sala, entre el volumen total de negocios a que se refiere el artículo 63.1.c con el volumen afectado por el mercado del art. 64.1 de la Ley 15/2007 y en cuanto a la comunicación, dice:

«Con independencia del contenido de la Comunicación a la que se refiere la CNC, que tan sólo presenta un alcance meramente interpretativo, lo cierto es que el sistema utilizado por la Administración demandada se ajusta plenamente al que se aplicado por la Comisión Europea (art.23.2 del Reglamento 1/2003), y, por tanto, es conforme al Derecho comunitario».

«No se puede obviar y esto es lo importante, que la voluntad del legislador (art.3.1 del CC), al aprobar la Ley 15/2007, ha sido, y no es otra, que la de utilizar un sistema de imposición de sanción que ha resultado ser el precisamente aplicado por la CNC. Conviene tener en cuenta que la redacción del artículo 63. apartados 2º y 3º de la citada Ley responde a la aprobación de la enmienda 206 del grupo parlamentario socialista (Diario de sesiones del Congreso de 26 de febrero de 2.007), y en ella se recoge expresamente que la finalidad de la enmienda cuando indica que " estos criterios no son elementos que determinen la fijación de la cuantía base puesto que ésta viene representado por la delimitación o del volumen de negocios sino que se aplican a posteriori para fijar la cuantía final dentro de los tramos correspondientes en función del tipo de infracción y de la aplicación de un porcentaje en caso de delimitación del volumen de negocios o de un tramo de cantidades fijas cuando éste no se ha podido detener delimitar". Es decir, la voluntad del legislador responde plenamente al sistema sancionador utilizado por la CNC: debe tenerse en cuenta que el artículo 63.1.c representa el límite máximo sancionador, y el art. 64 determina los criterios de cuantificación de la sanción, en el que obviamente habrá de tenerse en cuenta el tiempo de duración de la infracción en el mercado afectado, al que puede aplicarse, por ese tiempo un tipo superior del 10% con tal de que no exceda del 10% del volumen total de negocios del último ejercicio, con independencia del debate de si el 10% es un umbral sancionador o un tope»

«Por consiguiente por todos los motivos tenidos en cuenta, y conforme al voto particular expresado en ocasiones anteriores por la magistrada Dña. Lucía Acín Aguado, no existe falta de proporcionalidad de la sanción en el sistema aplicado por la CNC conforme a la comunicación emitida por dicho organismo en cuanto pueden aplicarse tipo sancionadores de hasta el 30% del mercado afectado por varios ejercicios con tal de que no se supere la cifra del 10% del volumen total de negocios correspondiente al ejercicio anterior a la sanción, que eso sí, y tal como se expuesto en el fundamento de Derecho sexto constituye un límite infranqueable por imposición legal, que ha de respetarse, y pueda servir igualmente, de umbral sancionador entre el 0 y el 10%, pues ello no lo impide el legislador. En consecuencia, procedía la desestimación del recurso contencioso-administrativo»⁵¹⁰.

De la misma manera el voto particular del Sr. Magistrado D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, en la sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011):

«Los motivos por los que considero que el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, sino a todo el negocio de la empresa son los

Así, el principio de proporcionalidad se respetaría por el hecho de que la gravedad y la duración dan lugar a distintos importes de la sanción en función del mercado afectado, sin perjuicio de que opere el umbral de nivelación cuando se obtengan cantidades superiores. La concepción del límite legal como umbral de nivelación se encuentra de este modo estrechamente vinculada al acogimiento de una interpretación literal del concepto «volumen de negocios total» del ejercicio inmediato anterior que haya obtenido la empresa⁵¹¹.

siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios... introduce la palabra "total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado...

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que "por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior".

3) La Jurisprudencia comunitaria ha precisado el alcance de dicho precepto señalando que (161) "la cuantía correspondiente al 10% del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado e importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción...

4) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración.... no se puede identificar "volumen de ventas afectado por la infracción" con el "volumen de negocio global o total"... El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 ... pero no constituye el parámetro para determinar el límite de la sanción máxima que se puede imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/200...

5) Si se aplica el criterio mantenido por la mayoría de mis compañeros que limita el importe máximo de la sanción al 10% de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción se pierde el efecto disuasorio de la multa»

⁵¹¹ VÉLEZ FRAGA, M: "El cálculo de las sanciones... Óp. Cit. Pág. 91... Y ello porque, en esta concepción, dicho límite ya no tiene una relación directa con la finalidad punitiva de la multa, sino con la capacidad económica de la empresa para hacer frente a la sanción en un momento próximo al pago —el ejercicio inmediato anterior—. Al vincularse la finalidad del límite máximo a una definición de la capacidad económica para el pago de la sanción, adquiriría sentido esa interpretación literal de la expresión «volumen de negocio total».

Otro tema es el de la base sobre la que debe aplicarse el límite del 10%. El artículo 63 de la LDC en cuanto a las infracciones muy graves (como lo vemos en el grupo de las 4 sentencias analizadas) de hasta el 10% *del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*.

Se plantean sin embargo dudas con respecto a la interpretación en el concepto de “volumen de ventas” o “volumen de negocios total”: y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

A este respecto, el criterio de la Audiencia Nacional es *«que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción»⁵¹²*.

En el caso del denominado G-8, la Audiencia Nacional falla estimando parcialmente el recurso por no ajustarse a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia la anula dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente, ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, única y exclusivamente sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada en la delimitación del mercado afectado -peluquería profesional- y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos.

⁵¹² La Audiencia Nacional, determinar el sentido de la norma (artículo 63) atiende:

a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida, b) finalidad de la norma: consiste en la represión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Tras este análisis de esta controvertida doctrina, corresponde expresar nuestra postura luego de examinar la totalidad de sentencias que abarcan este controvertido debate.

Entendemos que el criterio de la extinta CNC en cuanto a la disposición contenida en el párrafo catorce de su Comunicación para la cuantificación de las sanciones, ha seguido claramente el criterio de la Comisión Europea, optando por la el método del umbral de nivelación como límite máximo del cálculo de la sanción, pero creemos el criterio más eficaz al momento de determinar la sanción ha sido el mantenido por la Audiencia Nacional española, al decantarse por el establecimiento de un límite máximo determinante de un arco sancionador donde opera el principio de proporcionalidad.

Esto además tiene mucha relación –como se verá al final del análisis de todas las Comunicaciones- con la función misma de las Comunicaciones como instrumentos de Derecho suave. Éstas tienen a función de ser parámetro de interpretación de la Ley de Defensa de la Competencia, pero no deben de ninguna manera actuar fuera de lo que la misma LDC dispone, lo cual sería atentar contra el principio de legalidad. Extender el alcance del Derecho suave en materia de la competencia por sobre los límites legales pondría en riesgo la seguridad jurídica de los operadores económicos, extralimitando la órbita dentro de la cual creemos que el Derecho suave debe actuar.

Todo este debate que ha surgido en el seno de la Audiencia Nacional con respecto al alcance de la Comunicación para cuantificar sanciones de la CNC es importante para el objeto de nuestra investigación, es decir, para comprender el papel que desempeña realmente el Derecho suave que emana de la autoridad española de Defensa de la Competencia.

El segundo punto controvertido de la doctrina de la Audiencia Nacional se encuentra en la expresión «volumen de negocios total» que determina la base sobre la cual aplicar el porcentaje que corresponda.

La Audiencia Nacional en sus sentencias llega a la conclusión de que *«el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se*

ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción»⁵¹³

En primer lugar, se invoca el principio de proporcionalidad para estimar que sería incompatible con él extender los efectos punitivos de la sanción a aquellas actividades que serían ajenas al ámbito de la infracción. En segundo lugar, se cita la finalidad de la norma para estimar que la legislación de la competencia pretende reprimir las conductas restrictivas en aquellos mercados donde se producen. Por último, en estrecha conexión con lo anterior, se menciona que el bien jurídico protegido o «parámetro de protección» es el sector afectado por la conducta.

En definitiva, el conflicto interpretativo entre la posición mayoritaria de la Audiencia Nacional y el voto particular se reconduce en último término a la definición de la naturaleza del límite máximo: si estamos ante un límite que configura un arco sancionador o ante un mero factor de moderación que adecúe la sanción calculada por la Administración a la capacidad económica de la empresa⁵¹⁴.

Una vez expuestos los puntos centrales de esta controvertida doctrina partiendo de la Sentencia de la AN de 9 de abril de 2014 –más conocida como sentencias del denominado Grupo 8 de los principales operadores en el mercado español de fabricación y distribución

⁵¹³ En el fundamento jurídico noveno de la Sentencia del 2 de abril de 2014, la Audiencia Nacional plantea que existen problemas de interpretación en el concepto "...volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total...": y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora. Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Continúa diciendo que para determinar el sentido de la norma se atenderá:

- a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,
- b) finalidad de la norma: consiste en la reprensión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y
- c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

⁵¹⁴ VÉLEZ FRAGA, M: *“El cálculo de las sanciones... Óp. Cit. Pág. 91*

de productos de peluquería profesional), pasaremos a mencionar brevemente otros importantes fallos dentro de la doctrina analizada.

A la luz de esta jurisprudencia vemos una firme doctrina en cuanto al cálculo de la sanción contenida en la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones⁵¹⁵, anterior a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

⁵¹⁵ Realizando un análisis total de todas las Sentencias en las que se observa esta doctrina de la Audiencia Nacional de la Sección Sexta, citamos como ejemplo las siguientes: la Sentencia de 7 de abril de 2014. Recurso 570/2010. SAN 1880/2014, en lo que respecta a la cuantificación de la sanción, ha dicho que *«en lo que respecta a la aplicación del límite del 10% en la imposición de la sanción por falta muy grave, a que se refiere el artículo 63 de la Ley de 2007, puesto en relación con la magnitud a la que ha de ser aplicado, la Sala ha llegado a la conclusión de anular parcialmente la resolución recurrida por haber aplicado la CNC el límite máximo de la sanción por falta muy grave del 10%, en relación con el volumen total de ventas de la recurrente y no sobre el volumen total del mercado afectado, alegación apuntada por la recurrente en su demanda y que desarrolla de forma específica y detallada en sus conclusiones. El razonamiento de la Sala es el siguiente: I. Sobre la naturaleza del límite del 10%. "Hemos de examinar la alegación de la actora, contenidas tanto en la demanda como en las conclusiones, sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta.... Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados. La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 – y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables»*. En igual sentido, véase las Sentencias: Sentencia de 23 de julio de 2014. Recurso 176/2013. SAN 3454/2014, Sentencia de 23 de julio de 2014. Recurso 150/2013. SAN 3452/2014, Sentencia de 22 de julio de 2014. Recurso 424/2012. SAN 3449/2014, Sentencia de 21 de julio de 2014. Recurso 425/2012. SAN 3431/2014, Sentencia de 21 de julio de 2014. Recurso 426/2012. SAN 3453/2014, Sentencia de 15 de julio de 2014. Recurso 198/2013. SAN 3286/2014, Sentencia de 14 de julio de 2014. Recurso 423/2012. SAN 3234/2014, Sentencia de 9 de julio de 2014. Recurso 174/2011. SAN 3191/2014, Sentencia de 24 de junio de 2014. Recurso 158/2013. SAN 2916/2014, Sentencia de 23 de junio de 2014. Recurso 195/2013. SAN 2915/2014, Sentencia de 17 de junio de 2014. Recurso 712/2011. SAN 2853/2014, Sentencia de 16 de abril de 2014. Recurso 568/2010. SAN 1994/2014, Sentencia de 14 de marzo de 2014. Recurso 153/2013. SAN 1390/2014, Sentencia de 12 de marzo de 2014. Recurso 172/2011. SAN 1092/2014, Sentencia de 7 de marzo de 2014. Recurso 670/2011. SAN 1171/2014, Sentencia de 2 de marzo de 2013. Recurso 699/2011. SAN 1404/2013, Sentencia de 23 de diciembre de 2013. Recurso 188/2012. SAN 5859/2013, Sentencia de 5 de diciembre de 2013. Recurso 242/2012. SAN 5420/2013, Sentencia de 21 de noviembre de 2013. Recurso 707/2010. SAN 5069/2013, Sentencia de 1 de octubre de 2013. Recurso 688/2011. SAN 4187/2013, Sentencia de 18 de julio de 2013. Recurso 707/2011. SAN 3589/2013, Sentencia de 24 de junio de 2013. Recurso 29/2012. SAN 2876/2013, Sentencia de 17 de junio de 2013. Recurso 673/2011. SAN 2717/2013, Sentencia de 17 de junio de 2013. Recurso 599/2010. SAN 2756/2013, Sentencia de 7 de marzo de 2013. Recurso 622/2011. SAN 1508/2013, Sentencia de 13 de marzo de 2013. Recurso 674/2010. SAN 1233/2013, Sentencia de 6 de marzo de 2013. Recurso 540/2010. SAN 1217/2013, Sentencia de 7 de marzo de 2013. Recurso 535/2010. SAN 1113/2013 y Sentencia de 10 de abril de 2013. Recurso 619/2010. SAN 2745/2013

Dentro del grupo que cuestiona la metodología de la Comunicación para la cuantificación de sanciones, cabe citar por último la sentencia del 7 de marzo de 2013⁵¹⁶, conocida como *vinos finos de Jerez*, la que en su momento fue pionera de las muchas otras sentencias que fallaron en el mismo sentido.

La Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010, adoptada en el expediente S/0091/08, *Vinos finos de Jerez*, sancionó a una serie de bodegas productoras de vinos finos de Jerez por su participación en un cártel para la limitación de la oferta y la fijación de los precios del vino fino de Jerez en el mercado BOB (“Buyers Own Brand”, vino de Jerez que es exportado a países como Bélgica o los Países Bajos con la marca del distribuidor)⁵¹⁷.

En el caso de la recurrente, la Audiencia Nacional considera que a las ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB (“Buyers Own Brand”) en el año 2009 debe aplicársele solo un 3%, teniendo en cuenta: que no hubo dolo, solo negligencia; la duración de la infracción; y la colaboración de la recurrente con la CNC al aportar información sobre la infracción que, aunque no cumplía los requisitos para beneficiarse del programa de clemencia, sí debía ser considerada como una circunstancia atenuante⁵¹⁸. La existencia de un voto particular, contrario a la postura de la sentencia en lo que se refiere a la metodología para el cálculo de la sanción, pone de manifiesto que se trata de una cuestión que ha sido objeto de debate entre los magistrados de la Sección 6ª⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Recurso 622/2010

⁵¹⁷ En este sentido también sentencia de 12 de junio de 2013. Recurso 582/2010. SAN 2896/2013

⁵¹⁸ Por tanto la AN falla en los siguientes términos: «Que debemos ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CRIADORES ALMACENISTAS Y DISTRIBUIDORES DE VINOS DE JÉREZ, S.A. contra el Acuerdo dictado el día 28 de julio de 2010 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho excepto en el extremo relativo al importe de la multa impuesta, que deberá ser concretada por la Comisión Nacional de la Competencia en el importe equivalente al 3% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB en el ejercicio 2009. Sin efectuar condena al pago de las costas».

⁵¹⁹ “La Audiencia Nacional cuestiona la metodología de la Comunicación de la CNC sobre cuantificación de las sanciones”. En circular Informativa. Uría Menéndez. Grupo de Coordinación de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea. Mayo 2013. Disponible en

En definitiva, en la gran mayoría de los mencionados casos, la Audiencia Nacional ha ido fallando reiteradamente estimando sólo parcialmente los recursos interpuestos, resaltando que «la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia pero la sanción ha de ser anulada»⁵²⁰

En sentencias de la Audiencia Nacional del 24 de junio de 2014 y 7 de mayo de 2014⁵²¹, podemos ver esta tan asentada doctrina utilizada como jurisprudencia que sirve de base la impugnación de la cuantía estimada por la Autoridad de Competencia.

En la sentencia del 24 de junio de 2014 en el Fundamento jurídico cuarto lo siguiente: «(...) en este sentido, la actora, además de recordar la doctrina de la Sala sobre la invocación del principio de proporcionalidad, aduce diferentes motivos para impugnar la proporcionalidad de la sanción. A este respecto debe traerse a colación la doctrina de esta Sala sobre esta cuestión recogida en la sentencia de fecha 6 de marzo de 2.013, recurso 619/2010 (...).».

Con esta firme doctrina que cuestiona la metodología de la Comunicación para la cuantificación de sanciones, la Audiencia Nacional ha demostrado que la finalidad de las Comunicaciones son la de ser parámetro de interpretación de la Ley de Defensa de la Competencia, pero que no se puede utilizar Derecho suave para, por vía indirecta, ir más allá de lo previsto por el legislador.

http://www.uria.com/documentos/circulares/514/documento/4544/04_mayo_2013_competencia_ESP.htm?id=4544#3. [En línea]

⁵²⁰ Fallo de la sentencia del 2 de abril de 2014... «sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de marzo de 2011, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en este extremo dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente, ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, única y exclusivamente sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada en la delimitación del mercado afectado -peluquería profesional- y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos, confirmando la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas».

⁵²¹ Sentencia de 24 de junio de 2014. Recurso 158/2013. SAN 2916/2014 y Sentencia de 7 de mayo de 2014. Recurso 683/2011. SAN 2084/2014, respectivamente.

2.1.1.a) 2. Fallos del Tribunal Supremo en relación con el alcance de la Comunicación de cuantificación de sanciones

Periodo del análisis: desde la sentencia del 29 de enero de 2017 hasta enero de 2017.

Finalmente, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión ampliamente expuesta, por medio de su Sentencia de 29 de enero de 2015 que hace lugar al recurso de casación número 2872/2013⁵²², poniendo fin a la controversia suscitada en torno a la Comunicación para cuantificar sanciones.

Cabe señalar que antes del fallo que resuelve la polémica planteada respecto a la utilización de la comunicación para el cálculo de la sanción, la sentencia de 15 de octubre de 2014⁵²³ advertía ya respecto al alcance del Derecho suave que: *«la comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia no resultaba aplicable al caso de autos, por razones temporales (se refiere al cálculo de las multas según los criterios de la Ley 15/2007, no de la Ley 16/1989), además de que aquella comunicación no tiene valor normativo vinculante»*.

El 29 de enero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo adoptó una sentencia en la que clarificaba los criterios que debía aplicar la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para determinar el importe de las sanciones que impusiera por infracciones de las normas de defensa de la competencia. Esta posición ha sido ya confirmada en sentencias posteriores del Tribunal Supremo⁵²⁴.

⁵²² STS 112/2015

⁵²³ Recurso 3563/2011. STS 4058/2014

⁵²⁴ Por citar algunas, así se ha declarado en las sentencias de 16 de febrero de 2015, Recurso 940/2013. STS 524/2015; Sentencia de 07 de noviembre de 2016, Recurso 1047/2016, STS 4871/2016; Sentencia de 11 de noviembre de 2016, Recurso 617/2016, STS 4998/2016; Sentencia de 23 de noviembre de 2016, Recurso 1048/STS 5193/2016; y más recientemente en 2017: Sentencia de 26 de enero de 2017, Recurso 1981/2014, STS 213/2017; Sentencias del 30 de enero de 2017, Recursos 3746/2014 y 880/2014, STS 230/2017 y 214/2017

De hecho, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional⁵²⁵ han comenzado a aplicar esta doctrina en los procesos judiciales pendientes en los que se revisan resoluciones sancionadoras de la CNMC⁵²⁶.

La sentencia objeto del recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 24 de junio de 2013, estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por "BCN Aduanas y Transportes, S.A." y anuló -tan sólo en lo que se refiere al importe de la sanción- la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de diciembre de 2011 dictada en el procedimiento S/0269/10.

El TS concluye que la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a entender que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, *el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje*. La preposición "hasta" -que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 - denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción.

Y en este sentido, considera inaceptable la tesis planteada por la Comunicación. Manifiesta el TS que: *si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el uno y el cinco por ciento) tienen, en la configuración normativa del artículo 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el diez por ciento para las infracciones muy graves, la tesis del Abogado del Estado que acabamos de exponer -y que coincide con la que asume la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y de*

⁵²⁵ Véase la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2015, Recurso 139/2012

⁵²⁶ VÉLEZ FRAGA, M y LAPRESTA BIENZ, A. R: *La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia*. Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Número 40 año 2015. Páginas 110-115

los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales 101 y 102 del TFUE - dicha tesis, decimos, no resulta aceptable, por lo que la premisa de la que parte el Abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto.

Y si bien este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea, el mismo no se aviene con la norma legal española, en donde el artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa.

Se trata pues de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y *hacia abajo*, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.

En palabras del TS: «el ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio»

Respecto al punto que verdaderamente nos interesa, en cuanto a los efectos jurídicos del Derecho suave, el TS manifiesta que: *«tampoco está vinculado el legislador nacional -y, en esa misma medida, el intérprete de las normas internas- por los "métodos de cálculo" diseñados en las "Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003" respecto de las cuales (más propiamente, de sus antecesoras de 1998) ha afirmado el Tribunal de Justicia que "[...] no constituyen ni una legislación, ni una legislación*

*delegada en el sentido del artículo 290 TFUE , apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el artículo 23 del Reglamento nº 1/2003 " (apartado 66 de la sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-501/11)», remarcando el carácter no vinculante *ad extra* de sus comunicaciones y señalando que será el legislador quien deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.*

Tras la Sentencia del 29 de enero de 2017, el controvertido debate sobre el carácter no vinculante *ad extra* y el alcance de la comunicación, queda zanjado. En este sentido, por citar un fallo reciente, la Sentencia de 30 de enero de 2017⁵²⁷, expone que: *«es cierto que la Administración ha aplicado la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la ley 15/2007 y de los artículos 81 y 82 del TFUE aprobada en 2009, comunicación que esta Sala ha declarado no vinculante y no conforme a la regulación legal española en su Sentencia de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), en doctrina luego profusamente reiterada, sin que tal aplicación haya sido corregida por la Sala al valorar la supuesta desproporción de la multa. Por consiguiente, es preciso estimar este motivo y ordenar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a recalcular la cuantía de la multa, manteniendo la valoración de los hechos de la resolución sancionadora y la Sentencia recurrida, pero con el límite de la multa ya efectivamente impuesta al objeto de no incurrir en reformatio in peius».*

Por consiguiente –continúa el fallo-, se ordena a la Comisión Nacional de la Competencia que proceda a un nuevo cálculo de la multa con la misma valoración de la conducta sancionada efectuada en la resolución sancionadora pero sin aplicar la referida comunicación de 2009, sino atendiendo a los criterios expresados por esta Sala respecto a los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio)

⁵²⁷ Recurso 880/2014. STS 214/2017

en la Sentencia de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), sin que en ningún caso y en atención a la prohibición de *reformatio in peius* , la multa finalmente impuesta pueda ser superior a la que se fijó anteriormente.

2.1.1.a). 3. Fallos de la Audiencia Nacional posteriores a la Sentencia de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo

Numerosos fallos de la Audiencia Nacional, posteriores a la sentencia de 29 de enero de 2015 y la asentada jurisprudencia del TS, han básicamente aceptado la afirmaciones de los recurrentes de que la cuantía de la multa impuesta debe anularse porque la Comunicación para cuantificación de sanciones no respeta el principio de proporcionalidad como así se ha declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), lo cual ya llevado a la Audiencia Nacional a la estimación de los sucesivos recursos contencioso administrativos pero exclusivamente en este punto, ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia a que proceda a cuantificar de nuevo la multa de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hecha por el Tribunal Supremo⁵²⁸.

En las primeras sentencias de la Audiencia Nacional posteriores a la sentencia del Tribunal Supremo, con mucho detalle y clarificación interpretativa, como se puede ver en la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2015, Recurso 410/2013⁵²⁹, la AN ahonda aún más en la postura seguida por el TS en los siguientes términos: el método de cálculo de la Comunicación para cuantificación de sanciones podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea⁵³⁰ *pero no se aviene con la norma legal española*⁵³¹.

⁵²⁸ Más recientemente podemos citar como ejemplo la Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Recurso 81/2013, SAN 246/2017, de igual forma véase las Sentencias de 29 de noviembre de 2016, Recurso 31/2013, SAN 4543/2016; Sentencia de 20 de julio de 2016, Recurso 450/2013, SAN 3003/2016 y Sentencia 13 de marzo de 2016, Recurso 451/2013, SAN 952/2016, por citar algunas.

⁵²⁹ SAN 4047/2015.

⁵³⁰ En este sentido destaca la AN en el fallo analizado que: «*el intento -por parte de la Comisión Nacional de Competencia y del Abogado del Estado de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de*

El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones⁵³².

Para explicar su postura, la AN expone el siguiente ejemplo: «por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de éstos. Y sólo después, en ciertos casos, la Ley fija un "límite máximo" excepcional, o cláusula de cierre, de "cumplimiento efectivo", de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente "limitadas" (artículo 76 del Código Penal) a sólo cuarenta, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara

aquéllas y de los artículos 101 y 102 del TFUE , puede explicar -pero no justifica- que hayan optado por no acoger dicha interpretación y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de las multas utilizado por la Comisión Europea para las sanciones pecuniarias que esta institución impone al amparo del Reglamento 1/2003, método de cálculo que la Comisión Nacional de Competencia y el Abogado del Estado parecen entender preceptivo y aplicable directamente por las propias autoridades nacionales españolas».

⁵³¹ Véase Fundamento octavo de la SAN 4047/2015: «[...] en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar -salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio Legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de "totalidad"».

⁵³² Fundamento séptimo de la SAN 4047/2015.

a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción»⁵³³.

Por tanto, la AN expresa que se deja ver que los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE, *pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión*. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia)⁵³⁴.

Pues bien, reconocida la capacidad de los Estados miembros para instaurar su propio régimen de medidas en respuesta a las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE, sin que sobre esta materia haya exigencias de armonización, las sanciones "nacionales" no tienen por qué adoptar ni los parámetros ni los porcentajes ni las nociones (entre ellas la de volumen de negocios) que emplea el artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones impuestas por la Comisión.

Respecto a la función de la comunicación, su alcance y efecto jurídico, la AN manifiesta que: *«esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas -y también insoslayables- del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de*

⁵³³ Fundamento séptimo de la SAN 4047/2015.

⁵³⁴ Fundamento sexto de la SAN 4047/2015.

*autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias»*⁵³⁵.

2.1.1.a). 4. Resoluciones de la CNMC posteriores a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Suficientemente aclarado el debate, la CNMC ha tenido ocasión de aplicar los criterios fijados por el Tribunal Supremo en varias decisiones, en las que ha impuesto sanciones por infracciones de las normas de defensa de la competencia⁵³⁶, así como se ha visto obligado a ajustar numerosas resoluciones a la metodología del Tribunal Supremo.

Para la revisión global de las resoluciones ha sido de gran ayuda un informe elaborado por la CNMC en el año 2016, denominado “*Valoración económica de las sanciones de competencia*”, que contiene una base de datos con información sobre todos los expedientes sancionadores instruidos y resueltos por la CNC o la CNMC por infracciones contra el artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia durante los últimos cinco años completos, desde enero de 2011 a diciembre de 2015.

En concreto, por cada empresa sancionada se incluye información sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción, el volumen de negocios total en el año anterior al de imposición de la multa, la duración de la conducta y el importe de la multa efectivamente impuesta. Lo interesante del documento es que los expedientes fueron separados en tres grupos, según hayan sido resueltos por la CNC, por la CNMC utilizando la Comunicación de multas de 2006, o por la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, lo cual brinda un análisis comparativo de las sanciones impuestas en las resoluciones analizadas, utilizando como referencia tanto las multas en

⁵³⁵ Fundamento octavo de la SAN 4047/2015.

⁵³⁶ Podemos citar como ejemplo las decisiones recaídas en los asuntos Industrias Lácteas 2 o Concesionarios (Resoluciones de la CNMC de 3 de marzo de 2015, expediente S/452/12, Industrias Lácteas y de 30 de marzo de 2015, expediente S/0487/13, Concesionarios Land Rover), más recientemente Resolución de la CNMC de 15 de diciembre de 2016, expediente S/DC/0538/14, Servicios fotográficos.

euros como su valor en relación al tamaño de la empresa y a la dimensión de la infracción⁵³⁷.

La Resolución más reciente de la CNMC en aplicar las sanciones conforme a los parámetros de la sentencia de 29 de enero de 2015 del TS es de fecha 23 de febrero de 2017, expediente S/0545/15, Hormigones de Asturias. En esta resolución, la CNMC señala que sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo⁵³⁸.

La CNMC, teniendo en cuenta la interpretación dada por el Tribunal Supremo sobre los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 en su sentencia de 29 de enero de 2015, ajustando el proceso de determinación de la multa a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”* y continúa exponiendo que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”*

⁵³⁷ Para este informe, los expedientes de la base de datos han sido separado en tres grupos, según la fecha en la que fueron resueltos por el Consejo de la CNC o de la CNMC: a) CNC: expedientes resueltos desde enero de 2011 hasta el comienzo de la actividad de la CNMC (octubre de 2013). b) CNMC-1: expedientes de la CNMC hasta el 30/01/2015, que es cuando se cambió el sistema de determinación de la multa para adaptarlo a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 29 de enero de 2015. c) CNMC-2: expedientes resueltos a partir del 1/02/2015, que utilizan un sistema adaptado a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo. La tabla siguiente resume el número total de expedientes sancionadores de competencia de la CNC y CNMC del período seleccionado –enero de 2011 a diciembre de 2015–, los excluidos por referirse a infracciones contra el artículo 2 de la LDC (abuso de posición de dominio) y los expedientes por infracciones de artículo 1 LDC finalmente utilizados en el análisis. Véase para mayor detalle el Documento AE-01/16(0428), elaborado por Javier García-Verdugo Sales. Disponible en www.cnmc.es.

⁵³⁸ Véase como ejemplo la Resolución de la CNMC de 12 de mayo de 2016, expediente VSNC/0012/11, Telecinco y Resolución de fecha 26 de enero de 2017, expediente VS/0342/11, Espuma de poliuretano. En ambas Resoluciones, la CNMC tuvo que ajustar las multas inicialmente aplicadas y reducirlas conforme a los mandatos del Tribunal Supremo.

– En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje 79 También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores. 101 no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción". Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.

– Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.

– Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que *"las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas."* Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Por tanto, en la sentencia Hormigones de Asturias, la CNMC Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores analizados -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos y otras circunstancias de la conducta- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la infracción y, en consecuencia, el Consejo de la CNMC consideró que el tipo sancionador global en esta infracción es del 4,8%, sin perjuicio de los ajustes que corresponde hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa⁵³⁹.

⁵³⁹ Apartado 6.2 de la Resolución de 23 de febrero de 2017.

2.1.1.b) Segundo grupo de sentencias analizadas: interpretación acorde al alcance y sentido de la Comunicación para cuantificación de las sanciones.

En contraposición a la doctrina que cuestiona la metodología de la Comunicación para cuantificación de sanciones, hemos encontrados otros fallos, en donde la Audiencia Nacional hace uso –al igual que la Autoridad de Competencia- de la Comunicación como un elemento de interpretación. Hemos separado y agrupado esta jurisprudencia en un conjunto al que denominamos: *jurisprudencia de la Audiencia Nacional de interpretación conforme al alcance y sentido de la Comunicación para cuantificación de las sanciones*.

La AN confirma numerosas resoluciones en donde la CNC ha utilizado la Comunicación para cuantificación de las sanciones como un instrumento cuya función es ser parámetro de interpretación de la Ley de Defensa de la Competencia⁵⁴⁰.

Antes que nada, debemos decir con respecto al criterio seguido por la CNC en las sentencias analizadas en el apartado anterior, que no siempre la CNC ha entendido el 10% del volumen total de negociación en un umbral de nivelación. Existen otras resoluciones en donde la CNC, utilizando la Comunicación para la cuantificación de las sanciones, ha interpretado el límite del 10% del volumen total de negocios, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad tal y como entiende la AN que debe ser.

En este sentido vemos el fundamento noveno de la sentencia de 30 de noviembre de 2013⁵⁴¹, en donde se impone a la recurrente «*El Consejo ha tomado en su integridad el*

⁵⁴⁰ Sentencias de la Audiencia Nacional. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª): Sentencia de 7 de mayo de 2014. Recurso 683/2011. SAN 2084/2014, Sentencia de 30 de enero de 2014. Recurso 202/2012 SAN 437/2014, Sentencia de 27 de diciembre de 2013. Recurso 406/2011. SAN 5775/2013, Sentencia de 13 de noviembre de 2013. Recurso 64/2012. SAN 64/2012, Sentencia de 26 de junio de 2013. Recurso 641/2011. SAN 3086/2013, Sentencia de 19 de junio de 2013. Recurso 681/2011. SAN 2761/2013, Sentencia de 31 de mayo de 2013. Recurso 471/2011. SAN 2343/2013, Sentencia de 31 de mayo de 2013. Recurso 75/2012. SAN 2482/2013, Sentencia de 29 de mayo de 2013. Recurso 654/2011. SAN 2165/2013, Sentencia de 6 de mayo de 2013. Recurso 661/2011. SAN 1951/2013, Sentencia de 12 de abril de 2013. Recurso 395/2011. SAN 1527/2013, Sentencia de 8 de enero de 2013. Recurso 656/2011. SAN 40/2013, Sentencia de 4 de enero de 2013. Recurso 657/2011. SAN 129/2013, Sentencia de 4 de enero de 2013. Recurso 631/2011. SAN 85/2013, Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Recurso 635/2011. SAN 4926/2012, Sentencia de 25 de octubre de 2012. Recurso 678/2011. SAN 4402/2012

⁵⁴¹ Recurso 110/2012. SAN 5417/2013

volumen de ventas imputado a los últimos 12 meses de duración de la infracción acreditada (octubre de 2008 a septiembre de 2009), en tanto que el volumen de negocio imputado a los restantes meses (de junio a septiembre de 2008) se ha ponderado al 0,75. La multa a imponer a CETYA (empresas mono-producto y de ámbito mayoritariamente regional) ascendería a 3.429.509 euros. Esta cantidad superan el límite del 10% de volumen total de negocios declarado por dicha empresa en el último año disponible en el expediente (2010), por lo que se ha procedido a ajustar a la baja su importe al citado límite legal máximo y en consecuencia la multa impuesta a CETYA se ha fijado en 1.425.299 euros». Por tanto, la Audiencia Nacional desestima el recurso planteado diciendo que siguiendo los principios de proporcionalidad y equidad se han tenido en cuenta al reducir la multa que ascendería a 3.429.509 euros a 1.425.299 euros que es el límite del 10% del volumen total de negocios declarado por dicha empresa en el último año disponible en el expediente.

De igual manera, en la sentencia de 11 de abril de 2014⁵⁴², es la que más recientemente hace alusión a la Comunicación sobre cuantificación de sanciones, la Audiencia Nacional falla desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Compañía General de Hormigones y Asfaltos, S.A., contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 19 de octubre de 2011 y en consecuencia, confirma la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con respecto a la parte que nos interesa en la sentencia de 11 de abril de 2014, sobre la supuesta vulneración del artículo 64 de la LDC, observamos que la CNC, utilizando la Comunicación sobre cuantificación de sanciones, optó por establecer un importe básico que es "una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción", sobre el que se aplicarán los criterios que recoge el artículo 64, y en concreto, en las letras a) a e) es decir, "a) la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) el alcance de la infracción; d) la duración de la infracción; e) el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos", a lo que la

⁵⁴² Recurso 691/2011. SAN 1874/2014

AN dice: *«las consideraciones que se realicen con fundamento en las previsiones legales, aunque estén recogidas en la Comunicación no pueden entenderse realizadas en aplicación de la misma, sino en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia»* y concluye que la sanción de multa impuesta a la recurrente no ha sido desproporcionada⁵⁴³.

En otra sentencia, de 4 de abril de 2014⁵⁴⁴, la Federación Catalana de Industrias Cárnicas (FECIC) interpuso recurso contra Resolución de fecha 7 de noviembre de 2012 de la Comisión Nacional de la Competencia, siendo codemandada la Asociación Española de Productores de Carne de Vacuna (asoprovac nacional).

Entre los motivos del recurso alegados por la actora, se encuentra la falta de motivación en las circunstancias tomadas en consideración para la imposición de la sanción. A lo que la Audiencia Nacional confirma lo estipulado en la Resolución de la CNC, la que dispuso que *«con el fin de que en este caso el carácter disuasorio de la multa sea compatible con el principio de proporcionalidad, a la vista de la duración de la infracción, la falta de acreditación de que se haya llevado a cabo un seguimiento de sus efectos ni de que los haya tenido, el Consejo fija la sanción a AICE y FECIC en 30.000 euros a cada una, cantidad que considera que permite alcanzar los objetivos contenidos en el párrafo 3 de la Comunicación de la CNC sobre cuantificación de sanciones de 6 de febrero de 2009, respetando el principio de proporcionalidad (...)* Adicionalmente, teniendo en cuenta el agravante de reiteración en la conducta, el Consejo considera que debe aplicarse un recargo del 5% a la cifra anterior por lo que la multa final a imponer a AICE y FECIC es de 31.500 euros a cada una. En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación». La Audiencia nacional falla desestimando el recurso, confirmando la Resolución de la CNC.

⁵⁴³ En igual sentido, la Sentencia de 29 de mayo de 2013. Recurso 654/2011. SAN 2165/2013 y la Sentencia de 25 de abril de 2013. Recurso 685/2011. SAN 1698/2003, en donde también se deja en claro *«que las consideraciones que se realicen con fundamento en las previsiones legales, aunque estén recogidas en la Comunicación no pueden entenderse realizadas en aplicación de la misma, sino en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia*

⁵⁴⁴ Recurso 11/2013. SAN 1591/2014

En otra reciente sentencia⁵⁴⁵, la Audiencia Nacional, desestima el recurso de la actora Copisa Constructora Pirenaica S.A, y en lo referente al cómputo de la sanción y su cuantificación, toma en consideración la Comunicación de la CNC para cuantificación de las sanciones⁵⁴⁶, específicamente la utilización del párrafo 10 como parámetro interpretativo del caso concreto⁵⁴⁷ y fallando estimando que la cifra considerada por la CNC es conforme a Derecho, como lo son los coeficientes aplicados⁵⁴⁸.

En cuanto al alcance y efectos de la Comunicación, la Audiencia Nacional, dice que «*debe destacarse que se ha seguido para el cálculo un procedimiento establecido con carácter general por las CNC para la imposición de sanciones, concretamente el establecido en la "Comunicación sobre la cuantificación de sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC y 81 y 82 del TFUE, de 9 de febrero de 2009. Estas reglas prácticas, si bien no son normas jurídicas y por lo tanto no vinculan ni a las partes ni a este Tribunal, si permiten garantizar un trato igual y objetivo a todos los infractores, sin*

⁵⁴⁵ Sentencia de 25 de febrero de 2014. Recurso 674/2011. SAN 1459/2014

⁵⁴⁶ «*hay que tener en cuenta que la delimitación exacta del "mercado relevante" no es necesaria para determinar la existencia de una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto, que es lo que sucede en este caso. Ahora bien, hay que tener en cuenta que " el mercado afectado" es uno de los factores que conforme al art. 64.1.a) de la LDC 15/2007, la Autoridad de Competencia debe tener en cuenta para determinar el importe de la sanción, y de acuerdo con la Comunicación de la CNC sobre cuantificación de las sanciones de 2009 sirve para determinar el volumen de ventas afectado por la infracción, que se toma como importe básico de la sanción (párrafos 9 a 11 de la Comunicación) ... En la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 se indica que " El importe básico de la sanción vendrá determinado por la aplicación de los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos. Este importe básico se calculará como una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción»*

⁵⁴⁷ Párrafo 10 de la Comunicación: «*El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar ...*»

⁵⁴⁸ En el mismo sentido ver sentencia de 8 de abril de 2013. Recurso 655/2011. SAN 1333/2013 y Sentencia de 26 de febrero de 2013. Recurso 646/2011. SAN 878/2013

perjuicio de producir efectos jurídicos, exclusivamente contra la CNC, en caso de su infracción por ésta»⁵⁴⁹.

Con ello, la Audiencia Nacional se refiere al Derecho suave en términos de “reglas prácticas”, que si bien no son normas jurídicas permiten gozar de trato igual y objetivo a todos los infractores, produciendo eventuales efectos jurídicos.

En otro caso, la Audiencia Nacional ha utilizado ella misma la Comunicación para cuantificación de sanciones para *«anular el importe de la multa que deberá reducirse al 5% del volumen de negocios que ha realizado Unión Fenosa Distribución SA en el mercado de instalaciones no reservadas desde el año 2004 hasta el comienzo del ejercicio 2010 ponderando el tiempo de infracción conforme a la Comunicación de la CNC de cuantificación de sanciones»⁵⁵⁰*. Es decir, ha utilizado la Comunicación de la CNC para calcular el cómputo de la sanción en un sentido distinto al seguido por la resolución de la CNC.

Al entrar en el análisis de la proporcionalidad en la imposición de la sanción, la AN, utilizando el fundamento décimo noveno⁵⁵¹ de la Comunicación de la CNC, expresa en su sentencia de 15 de noviembre de 2013: *«en cuanto a la segunda infracción identificada en el Fundamento de Derecho cuarto, como en él se expone, EDE ha empleado su poder de mercado monopolístico para imponer el cobro de unas cantidades a las que no tenía derecho de acuerdo con el propio marco normativo. En este caso, es posible identificar la cuantía del beneficio ilícito obtenido, equivalente a las cantidades cobradas en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009. De acuerdo con el apartado 19 de la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las*

⁵⁴⁹ Sentencia de 30 de enero de 2014. Recurso 202/2012 SAN 437/2014

⁵⁵⁰ Sentencia de 27 de diciembre de 2013. Recurso 570/2011. SAN 5773/2013: *«Conforme a lo razonado procede reducir el importe de la sanción al no considerar acreditado que la conducta se haya iniciado en el año 2001 sino solo a partir del año 2004 por tanto la sanción a imponer es del 5% del volumen de negocios que ha realizado UFD en el mercado de instalaciones no reservadas desde el año 2004 hasta el comienzo del ejercicio 2010 ponderando el tiempo de infracción conforme a la comunicación de la CNC de cuantificación de sanciones»*

⁵⁵¹ (19) Cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del infractor, la multa no podrá ser inferior al mismo.

sanciones, *"Cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del infractor, la multa no podrá ser inferior al mismo."* En vista de ello, el importe de la sanción debe corresponder al importe cobrado en concepto de entronque y conexión durante el periodo, que asciende a 8.158.000 euros»⁵⁵².

Otro fallo ⁵⁵³ interesante con respecto al alcance de la Comunicación es el que, desestimando la interpretación de la recurrente en cuanto a la utilización de la Comunicación, indica que algunas empresas ofrecen alternativas imaginativas al momento de interpretar la Comunicación. La AN resalta en estos términos *«por ejemplo se propone tomar como volumen de ventas afectado el presupuesto de la licitación, dividirlo entre el número de empresas y después aplicar a esa base los criterios de la Comunicación. Todo esto resulta cuando menos artificial y ajeno precisamente al sentido de la Comunicación de la CNC y a las reglas del mercado. Existe un mercado afectado en el que la conducta puede desplegar potencialmente sus efectos y nada impide ni desaconseja a juicio del Consejo aplicar la comunicación sobre la base del mismo»*.

Además, la AN, interpreta el segundo apartado del párrafo 14 de la Comunicación⁵⁵⁴ en el mismo sentido de la sentencia del 16 de junio de 2013⁵⁵⁵ cuando dice: *«en cuanto a la no aplicabilidad del párrafo II del apartado 14 de la Comunicación de la CNC sobre el cálculo del importe de las multas, esta Sala estima que no se ha razonado por la resolución. En efecto, al analizar los efectos se señala que "Se ha acreditado que en estas licitaciones los acuerdos colusorios desplegaron sus efectos y las bajas se vieron alteradas en beneficio de las empresas y en detrimento del presupuesto público. Obviamente ha*

⁵⁵² Sentencia de 15 de noviembre de 2013. Recurso 119/2012. SAN 4975/2013

⁵⁵³ Sentencia de 6 de octubre de 2013. Recurso 687/2011. SAN 4385/2013

⁵⁵⁴ (14) El importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse en consideración a los siguientes criterios de forma acumulativa: ii Si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales.

⁵⁵⁵ Sentencia de 26 de junio de 2013. Recurso 641/2011. SAN 3086/2013

existido un beneficio ilícito procedente de esta conducta cuyo reparto a ciencia cierta no se conoce con detalle para las 14 licitaciones"»⁵⁵⁶

Otra interpretación realizada por la Audiencia Nacional para cuantificar sanciones cuando no existen atenuantes ni agravantes ha sido la de decir que *«si bien la Dirección de Investigación no efectuó una proposición concreta de concurrencia de atenuantes, esta Sala ha venido entendiendo que para garantizar la más estricta aplicación del principio de proporcionalidad en un supuesto en que como es el caso no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, procede la imposición de la sanción en el grado medio, en este caso, el 5% de la cifra tomada en consideración por la CNC, es decir, el 5% de 3.199,250 euros, que son 159.962, 50 euros»⁵⁵⁷.*

Otra sentencia de la Audiencia Nacional recalca que *«la CNC ha establecido con claridad las bases sobre las que debe calcularse el importe de la sanción, teniendo en cuenta las previsiones de la LDC y de su propia Comunicación sobre el importe de las multas, y se ha aplicado a todas las empresas con los correspondientes resultados: "el Consejo considera que para el cálculo del importe básico de la sanción se debe tomar un porcentaje del 3% del volumen de negocios afectado por la infracción en el periodo, lo que se traduce en los siguientes importes redondeados"⁵⁵⁸».*

⁵⁵⁶ "...Resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes. Merece la máxima reprobación las conductas de quienes están dispuestos a realizar bajas cercanas al 30% y se ponen de acuerdo para realizarlas del orden del 3%, dividiéndose entre los participantes ese ilícito beneficio, que no se puede ocultar resulta paralelo al perjuicio que a la Administración que convoca el concurso, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos, ocasiona"... "La CNC ha razonado que "La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada empresa. Por ello, se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%." Es decir, se llega al 30% por una razón que no guarda relación con el apartado 14". En este mismo sentido ver sentencia de 19 de junio de 2013. Recurso 681/2011. SAN 2761/2013

⁵⁵⁷ Sentencia de 31 de mayo de 2013. Recurso 75/2012. SAN 2482/2013

⁵⁵⁸ Sentencia del 30 de mayo de 2013. Recurso 397/2011. SAN 2325/2013

Con este largo recorrido jurisprudencial vemos las numerosas sentencias de la Audiencia Nacional que analizan el alcance de la Comunicación para cuantificación de sanciones. Tras una controvertida doctrina que cuestiona la metodología de la Comunicación (en especial el alcance del párrafo catorce la Comunicación), encontramos también numerosos fallos que acogen la utilización de la Comunicación con la función que creemos le corresponde a este tipo de instrumento de Derecho suave, cual es la de ser parámetro de interpretación de la Ley de Defensa de la Competencia como una herramienta que aporta transparencia y objetividad a la actuación de quienes tienen la potestad de sancionar en materia de competencia.

Una manera clara de ver este alcance se engloba en las palabras de la propia Audiencia Nacional: *estas reglas prácticas, si bien no son normas jurídicas y por lo tanto no vinculan ni a las partes ni a este Tribunal, si permiten garantizar un trato igual y objetivo a todos los infractores, sin perjuicio de producir efectos jurídicos, exclusivamente contra la CNC, en caso de su infracción por ésta*⁵⁵⁹.

2.1.2. A modo de conclusión respecto al alcance de la Comunicación de cuantificación de multas

Para concluir todo el debate y el detallado análisis que hemos dedicado a la comunicación sobre cuantificación de multas resulta obligado referirnos a dos cuestiones.

La primera, respecto a si las comunicaciones, como instrumentos de Derecho suave, son o no Derecho a pesar de su falta de efectos vinculantes, tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, la segunda, respecto a los riesgos actuales en cuanto al cálculo del volumen *total* de negocios.

En nuestra opinión, vale la pena retomar la definición de Derecho suave a los efectos de la presente investigación. Entendemos por Derecho suave el “*conjunto de instrumentos o actos jurídicos heterogéneos, que ingresan al plano del Derecho a pesar de no ser*

⁵⁵⁹ Sentencia de 30 de enero de 2014. Recurso 202/2012 SAN 437/2014

estrictamente vinculantes, de variada configuración y con efectos jurídicos particulares, diseñan conductas e inciden en el comportamiento del operador jurídico, los que, por más de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan jurídicamente relevantes”.

Desde el primer momento hemos señalado que la carencia de efectos jurídicos totalmente vinculantes es uno de los principales elementos de esta categoría jurídica.

En el caso de las comunicaciones, la misma Ley de Defensa de la competencia cuando habilita a la autoridad de competencia a emitir comunicaciones, señala su función, cual es la de *aclarar los principios que guían la actuación de la autoridad de competencia para la aplicación de la presente Ley*⁵⁶⁰, es esa precisa y taxativamente la función de las comunicaciones y nunca ha sido la de suplir y mucho menos contradecir los mandatos del legislador, de manera que encontramos acertada la afirmación de la AN tras la jurisprudencia del TS al decir: *«Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias».*

Por tanto, con muy buen criterio, el Tribunal Supremo rescata la verdadera función de este tipo de instrumento de Derecho suave, pero sin anularlos ni derogarlos (pues como hemos visto en el segundo bloque de sentencias analizadas, el TS ha hecho uso de las comunicaciones para cuantificación de sanciones como elemento interpretativo, que da transparencia y previsibilidad para la actuación de los operadores).

Algo similar ha sucedido en el sistema jurídico alemán. La Autoridad alemana de competencia, el *Bundeskartellamt*⁵⁶¹, publicó en 2006 una comunicación de multas basada

⁵⁶⁰ **Disposición adicional tercera de la Ley 15/2007.** “Comunicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia: La Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia (hoy Consejo de la CNMC)”

⁵⁶¹ http://www.bundeskartellamt.de/DE/Home/home_node.html

en la comunicación sobre multas de la Unión Europea. El Tribunal Supremo alemán decidió en su sentencia del 26 de febrero de 2013, que la comunicación de multas de 2006 era ilegal en la medida en que se podía exceder del 10 % máximo establecido por la Ley alemana para el cálculo de multas y como consecuencia de la sentencia citada, el Bundeskartellamt emitió una nueva comunicación de multas el 25 de junio de 2013⁵⁶².

Así, el error de la CNC en la metodología de su comunicación fue, a nuestro criterio, correctamente corregido tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo y coincide con la hipótesis de nuestra investigación respecto a los límites del Derecho suave y, por más que el TS no ha derogado la comunicación en cuestión, debería la CNMC (o la futura autoridad de competencia de España) considerar emitir una nueva comunicación de multas, tal y como lo hizo la autoridad alemana de competencia, corrigiendo su comunicación anterior.

Ahora bien, respecto a la segunda cuestión, La CNC ha considerado que el volumen de negocios debía referirse al volumen total de la entidad sancionada en el año anterior a la adopción de la decisión. Este criterio había sido cuestionado por la Audiencia Nacional en varias sentencias⁵⁶³ en las que había considerado que el límite máximo de la sanción debía calcularse sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción (excluyendo las ventas en mercados no relacionados con la infracción)⁵⁶⁴.

⁵⁶² Véase al respecto CALLOL, P.: “Presente y futuro de la disuasión de los cárteles...*Óp. Cit.* Pág. 300 y para mayor información respecto al caso alemán, consultar: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/25_06_2013_Bu%C3%9Fgeldleitlinien.html [En línea].

⁵⁶³ Sentencias de 6 de marzo de 2013, Recurso 619/2010; sentencia de 7 de marzo de 2013, Recurso 535/2010; Sentencia de 8 de marzo de 2013, Recurso 540/2010) y Sentencia 10 de abril de 2013, Recurso 622/2010.

⁵⁶⁴ Respecto al debate y para mayor análisis consultar los siguientes trabajos de referencia: LILLO ÁLVAREZ, C.: “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*. Núm. 15, 2014. Pág. 51-82; VÉLEZ FRAGA, M. y LAPRESTA BIENZ, A. R: “La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Número 40 año 2015. Pág. 110-115. Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4753/documento/foro06.pdf?id=5941>. [En línea]; AZOFRA PARRONDO, J. L y JÖRGENS, KOSTANTIN, J.: “La cuantificación de sanciones en derecho de la competencia en España a raíz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista Aranzadi*. Unión

La Audiencia Nacional sostenía que la aplicación del principio de proporcionalidad debía implicar que *«el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción»*.

Este razonamiento consideraba que las normas de Defensa de la competencia pretendían limitar la sanción a los ámbitos de actividad donde los ingresos del infractor se hubieran visto afectados por la conducta restrictiva. Esta cuestión es especialmente relevante en aquellos casos en los que la entidad sancionada fuera una empresa multiproducto o perteneciera a un grupo multinacional.

Las normas de defensa de la competencia permiten considerar responsables por las infracciones no solo a la entidad legal que ha cometido la infracción, sino también a cualquier entidad que estuviera en posición de ejercer control sobre ella. En casos de empresas multiproducto, la consideración de las ventas totales de la entidad sancionada *permite aumentar exponencialmente el importe de las sanciones*.

Por tanto, la CNMC no debe tomar en consideración únicamente criterios aritméticos, como los establecidos en la Comunicación sobre multas, sino también tener en cuenta otros criterios como la gravedad de la infracción, la cuota de mercado de las empresas sancionadas, el ámbito de la infracción, así como los efectos y el potencial beneficio ilícito

Europea. Marzo 2015; CALLOL, P.: “Presente y futuro de la disuasión de los cárteles y otras prácticas anticompetitivas en España a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo enjuiciando el método de cálculo de multas de la CNMC”, en VVAA *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*. RECUERDA GIRELA, M. A (Coord). Ed. Aranzadi. Madrid, 2016; “Comentario a la Sentencia de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo. PEDRAZ CALVO, M.: La potestad sancionadora de la Autoridad administrativa de Defensa de la competencia y su control jurisdiccional”. Disponible en <file:///C:/Users/hp/Downloads/Comentario-Pedraz-a-la-sentencia-de-29-de-enero-de-2015-del-Tribunal-Supremo.pdf>. [En línea]; SOPENA BLANCO, V. y OTERO, H. “La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz?” *Anuario de la Competencia* 2013. Fundación ICO. Ed. Marcial Pons. Madrid 2014; MARCOS, F.: “El futuro de las multas antitrust en España: claroscuros de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015” *Observatorio Permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza*. Publicado el 25 febrero 2015. Disponible en <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/el-futuro-de-las-multas-antitrust-en-espana-claroscuros-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-de-2015/> [En línea] y VVAA *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*. GUILLÉN CARAMÉS, J. (Coord). Ed. Aranzadi. Madrid, 2015.

obtenido como consecuencia de la infracción, entre otros criterios mencionados expresamente en la Ley 15/2007, generando una gran inseguridad jurídica, en la medida en que no permite a las compañías predecir el importe de la multa que pueda ser impuesta. Es más, las compañías sancionadas ni siquiera pueden reproducir los cálculos realizados por la CNMC a los efectos de verificar si el importe de la sanción es o no proporcionado, ya que la CNMC no explica en su resolución cuál es el peso de cada uno de los factores considerados. Las empresas tampoco pueden valorar si se ha individualizado de forma correcta su situación a la hora de imponer la sanción, puesto que carecen de elementos de comparación⁵⁶⁵.

Finalmente, respecto a esta última cuestión, coincidimos con LOZANO CUTANDA⁵⁶⁶ en que bastaría, por tanto, con que el legislador limitase expresamente el volumen de negocios sobre el que se aplican los porcentajes del artículo 63.1 LDC al sector o mercado específico donde se haya producido la conducta, pero al mismo tiempo lo refiriese al periodo durante el cual se haya cometido la sanción, para que este precepto pudiese operar como un tope o límite máximo de las multas aplicables, como lo exige el principio de proporcionalidad, sin dejar por ello de atender a las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones de defensa de la competencia. Entre tanto, es de prever que se publique una nueva comunicación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia relativa a la cuantificación de las sanciones, que podrán alcanzar cifras mucho más altas a las hasta ahora aplicadas cuando se trate de empresas multiproducto, al calcularse el volumen de negocios sobre el que se aplican los porcentajes del artículo 63.1 LDC sobre todas las actividades económicas de la empresa infractora, tengan o no relación con la infracción cometida⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, pág. 114

⁵⁶⁶ LOZANO CUTANDA, Blanca: *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero del 2015: los porcentajes sobre el volumen de negocios del artículo 63.1 LDC son la cifra máxima de las multas de defensa de la competencia, pero se calculan sobre todas las actividades de la empresa infractora*. Febrero 2015. Disponible en línea en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-del-2015.pdf> [En línea]

⁵⁶⁷ Véase en la misma línea, ORTEGA BENARDO, J: “*Soft law & Antitrust law. Comentario a la STS de 29 de enero de 2015 en su valoración de los criterios de soft law que aplica la CNC (actual CNMC)*”. Comunicación para la 1ª Jornada Anual. Junio 2015. Red Académica de Derecho de la Competencia (RADC).

Es importante, a los efectos de esta tesis doctoral, destacar que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo debaten con pulcritud el alcance y límites de este instrumento normativo. Lo que equivale decir es que, de entrada, lo aceptan como norma jurídica, que tienen efectos, que limitan el “ultravires” en que ha incurrido la Comisión dentro de su potestad sancionadora. Lo que debemos rescatar es que los tribunales de justicia tienen que lidiar con una norma y cincelarla a través de sus sentencias. Definitivamente, se acepta que el llamado Derecho suave contenido en esta comunicación, es Derecho.

2.2.Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores de 28 de setiembre de 2011.

La terminación convencional se trata de una forma atípica de finalización del expediente sancionador, en la que la Autoridad de Defensa de la Competencia resuelve poner fin al procedimiento sancionador haciendo vinculantes unos compromisos ofrecidos voluntariamente por el presunto infractor, sin necesidad de que se produzca una declaración sobre la acreditación de la infracción, ni consiguientemente, se imponga una sanción⁵⁶⁸.

Disponible en <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/wp-content/uploads/2015/06/Ortega-Soft-Law-Antitrust-Comunicacion-RADC-25.06.2015.pdf>. [En línea]

⁵⁶⁸ Párrafos 10 y 20 de la Comunicación:

(10) El objeto de la terminación convencional es doble. Por un lado, se busca lograr un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia o eliminen las restricciones de competencia injustificadas, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público. Por otro lado, permite cumplir con el principio de eficacia administrativa, posibilitando una utilización más adecuada de los recursos de la CNC, al facilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional

(20) En este sentido, a la hora de adoptar la decisión de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional se tiene en cuenta que la misma permita un ahorro de trámites de instrucción y acortar los plazos de resolución del expediente, a fin de posibilitar una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia detectada. Por este motivo, la CNMC valorará muy positivamente que la propuesta de terminación convencional se presente cuanto antes una vez incoado el expediente sancionador, con el fin de que permita garantizar el interés público que reclama el art. 52 de la LDC. [La actualización es nuestra]

Se podría decir para entender mejor la figura de la terminación convencional, que «mandar no es suficiente». Es necesario sumar voluntades si se quiere optimizar los resultados de cualquier política⁵⁶⁹.

En el largo proceso de normalización de la negociación en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos la figura de la terminación convencional aparece en la ley 52/1999⁵⁷⁰, introduciendo los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas la posibilidad de terminación convencional prevista en la Ley 30/1992⁵⁷¹, con la finalidad, tal y como se expresa en su exposición de motivos, de lograr una mayor eficacia de los órganos de defensa de la competencia⁵⁷².

En este sentido, la terminación convencional aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico español dentro del marco general establecido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como una forma, podría decirse que “excepcional”, de terminación de los procedimientos administrativos. Esta figura, que implica una negociación entre la Administración Pública y los sujetos privados (el artículo 88.1 de la Ley 30/1992 habla de pacto, acuerdo o convenio), debía ser implementada expresamente en la regulación

⁵⁶⁹ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R.: “*La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas...*” *Óp. Cit.* Pág. 36

⁵⁷⁰ Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁵⁷¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁵⁷² Resultan importantes los trabajos sobre terminación convencional realizados la anterior Directora de investigación de la extinta CNC, Clara Guzmán. Véase GUZMAN ZAPATER, C: “*Acuerdos de terminación convencional y vigilancia de los mismos*” en VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. Pág. 267-295, GUZMAN ZAPATER, C: “*La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia: experiencia y retos*”. En Anuario de Competencia, Año 2009. Ed. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 2010. Pág. 85-114 y GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J: “*La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC*”. En Working Paper IE Law School. A.18-197. 12 de marzo de 2013. También son de importante referencia los siguientes trabajos: HUERTA TROLEZ, J: “*La terminación convencional y la vigilancia de las resoluciones de la CNC*”. En VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. Pág. 243-265 y BAÑO LEÓN, J. M.: “*Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia*”. En VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. Pág. 255-265

específica del procedimiento para poder ser utilizada. Ello dio paso a que determinados procedimientos administrativos, entre ellos el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia, adoptaran la terminación convencional como un medio de terminación del procedimiento⁵⁷³

La novedad del artículo 88 de la LRJPAC fue acogida con cierto escepticismo por la doctrina y por los profesionales del Derecho, por su excesiva generalidad y por carecer de precisión objetiva acerca de los supuestos y circunstancias de su aplicabilidad. Por esta razón, la mayor parte de los autores se inclinó a considerar que el artículo 88 LRJPAC tiene únicamente el carácter de una norma básica, que establece la posibilidad de cerrar expedientes administrativos por medio de acuerdos, pero que no es una regla directamente aplicable, quedando a cargo de las normas que regulasen cada procedimiento concreto el establecimiento de las condiciones y requisitos de su concreta aplicación en cada uno de ellos⁵⁷⁴.

La razón de esta peculiaridad del Derecho de la competencia de permitir la posibilidad de la terminación convencional estriba en la estructura abierta de los tipos infractores que se corresponden con los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. Dentro de las infracciones a esos preceptos cabe un amplísimo número de conductas de muy diverso contenido, sin que en todas ellas se aprecie la existencia de una conducta dolosa o gravemente negligente. La posibilidad abierta por el artículo 9 del Reglamento 1/2003 responde a una necesidad puramente práctica⁵⁷⁵. Es muy poco eficaz agotar todo el procedimiento administrativo

⁵⁷³ GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J: “*La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación...*” *Óp. Cit.* Pág. 4.

⁵⁷⁴ HUERTA TROLEZ, J: “*La terminación convencional y la vigilancia de las resoluciones de la CNC...*” *Op. Cit.* Pág. 244

⁵⁷⁵ REGLAMENTO (CE) N° 1/2003 DEL CONSEJO, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

(9) Los artículos 81 y 82 del Tratado tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado. El presente Reglamento, que se adopta para aplicar esas disposiciones del Tratado, no impedirá que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos, siempre que esa legislación sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho comunitario. En la medida en que dicha legislación nacional persiga principalmente un objetivo distinto del de la protección de la competencia en el mercado, las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán aplicar esa legislación en sus territorios. Por lo tanto, con arreglo al presente Reglamento, los Estados miembros podrán aplicar en sus territorios una legislación

sancionador, con el consiguiente riesgo de recursos, cuando por la naturaleza de la conducta es posible poner término a sus efectos con la simple obligación de los denunciados de cambiar sus conductas o cesar en ellas⁵⁷⁶.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, acomete entre otras muchas reformas, una serie de cambios sustantivos en el procedimiento de terminación convencional con la finalidad de flexibilizar dicho régimen, centrando estos cambios en la propuesta de compromisos por parte del presunto infractor, la negociación con la Dirección de investigación y la elevación al Consejo de una propuesta de resolución, siempre antes del informe-propuesta, que podrá ser adoptada de contar con el acuerdo del resto de interesados en el expediente⁵⁷⁷.

De esta manera, la ley 15/2007, regula en su artículo 52 la terminación convencional como forma de resolución del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas⁵⁷⁸.

nacional que prohíba o sancione actos de competencia desleal, tanto unilaterales como contractuales. Esa legislación persigue un objetivo concreto, con independencia de los efectos reales o supuestos de los citados actos en la competencia en el mercado. Esto sucede, en particular, con la legislación que prohíbe a las empresas imponer a sus socios comerciales u obtener o intentar conseguir de ellos términos y condiciones injustificados, desproporcionados o sin contrapartida.

⁵⁷⁶ BAÑO LEÓN, J. M.: “*Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia*”. En VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. Pág. 256

⁵⁷⁷ Exposición de motivos de Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Versión consolidada de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Jefatura del Estado. «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007. Referencia: BOE-A-2007-12946. TEXTO CONSOLIDADO. Última modificación: 5 de junio de 2013

⁵⁷⁸ **Artículo 52 de la LDC. Terminación convencional.**

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.
2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.
3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4

Artículo 50. Instrucción del expediente sancionador.

4. Practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.

Posteriormente lo desarrolla el Reglamento de Defensa de la Competencia⁵⁷⁹ en su artículo 39⁵⁸⁰, estableciendo así los requisitos necesarios para poder finalizar el procedimiento sancionador mediante terminación convencional.

⁵⁷⁹ REAL DECRETO 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE nº 50 de 27/03/2008)

⁵⁸⁰ **Artículo 39. Terminación convencional de los procedimientos sancionadores.**

1. De conformidad con el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cualquier momento del procedimiento previo a la elevación del informe propuesta previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas. Este acuerdo de inicio de la terminación convencional será notificado a los interesados, indicándose si queda suspendido el cómputo del plazo máximo del procedimiento hasta la conclusión de la terminación convencional.
2. Los presuntos infractores presentarán su propuesta de compromisos ante la Dirección de Investigación en el plazo que ésta fije en el acuerdo de iniciación de la terminación convencional, que no podrá ser superior a tres meses. Dicha propuesta será trasladada al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para su conocimiento.
3. Si los presuntos infractores no presentaran los compromisos en el plazo señalado por la Dirección de Investigación se les tendrá por desistidos de su petición de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador. Asimismo, se entenderá que los presuntos infractores desisten de su petición si, una vez presentados los compromisos ante la Dirección de Investigación y habiendo considerado ésta que los mismos no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, los presuntos infractores no presentaran, en el plazo establecido a tal efecto por la Dirección de Investigación, nuevos compromisos que, a juicio de ésta, resuelvan los problemas detectados.
4. La propuesta de compromisos será remitida por la Dirección de Investigación a los demás interesados con el fin de que puedan aducir, en el plazo que se señale, cuantas alegaciones crean convenientes.
5. La Dirección de Investigación elevará al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta de terminación convencional para su adopción e incorporación a la resolución que ponga fin al procedimiento. Recibida la propuesta de terminación convencional y, en su caso, informada la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, del Tratado, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá:
 - a) Resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados.
 - b) Resolver que los compromisos presentados no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, en cuyo caso, podrá conceder un plazo para que los presuntos infractores presenten ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados. Si, transcurrido este plazo, los presuntos infractores no hubieran presentado nuevos compromisos, se les tendrá por desistidos de su petición y el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia instará de la Dirección de Investigación la continuación del procedimiento sancionador.
6. La resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional establecerá como contenido mínimo:
 - a) la identificación de las partes que resulten obligadas por los compromisos,
 - b) el ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos,
 - c) el objeto de los compromisos y su alcance, y
 - d) el régimen de vigilancia del cumplimiento de los compromisos.
7. El incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo

Para cerrar el actual marco normativo de la figura de la terminación convencional de expedientes, cabe apuntar la disposición del artículo 19 del actual Estatuto orgánico de la CNMC, en donde es función de la actual Dirección de Competencia, acordar el inicio de los procedimientos de terminación convencional y elevar al Consejo la propuesta de terminación convencional⁵⁸¹. Si bien la Dirección de Competencia es la única con competencias para decidir si inicia o no el procedimiento de terminación convencional, el Consejo de la CNMC, como órgano de resolución de todos los procedimientos, es el órgano de decisión final en relación con la terminación convencional, pudiendo aceptar los compromisos propuestos (total o parcialmente) o no aceptarlos por considerarlos insuficientes o no adecuados para resolver los problemas detectados. En este último caso, el Consejo de la CNMC instaría a la Dirección de Competencia la continuación del procedimiento sancionador.

La LCD, flexibilizando el procedimiento de terminación convencional, ha facilitado a la autoridad de defensa de la competencia española, un instrumento de gran utilidad a la hora de finalizar determinados expedientes sancionadores⁵⁸².

Entre los motivos que llevan a la CNC a emitir esta comunicación, resalta el hecho de que a partir de 2009 se produjo un incremento muy significativo de las solicitudes formales e informales de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de los expedientes sancionadores que estaba instruyendo la CNC, en la medida que se veía la terminación convencional como una vía para eludir la imposición de multas o para dilatar el procedimiento, a la que cualquier presunto infractor tenía derecho con independencia de las circunstancias del caso. Esto hizo necesario que la CNC delimitase de forma más clara el objeto y alcance de la terminación convencional, tanto en sus acuerdos y resoluciones

establecido en el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 21 del presente Reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

⁵⁸¹ Artículo 19, inciso j) del REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013)

⁵⁸² GUZMAN ZAPATER, C: *“La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia... Óp. Cit. Pág. 105.*

relativos a este tipo de solicitudes, como en su Comunicación sobre Terminación convencional, que fue aprobada en octubre de 2011⁵⁸³.

Siendo el objeto perseguido por la terminación convencional restituir las condiciones de competencia en el mercado, resulta evidente que debe intentarse utilizar la vía o procedimiento más rápido posible para lograrlo. Desde la perspectiva de la autoridad pública encargada de velar por el cumplimiento efectivo de la LDC, con ello, además, se minimizan el tiempo y los medios humanos que se deben dedicar a la instrucción de expedientes sancionadores con el fin de probar los hechos, optimizándose así el uso de los recursos públicos. Y ello no sólo en la instrucción sino también en la fase de resolución ante el Consejo, e incluso, en la fase judicial como consecuencia de la probable reducción del número de recursos que se interpongan ante la justicia contencioso- administrativa contra las resoluciones del Consejo⁵⁸⁴.

Citando a la anterior Directora de Investigación de la extinta CNC: *«con el desarrollo de esta práctica y casuística en la aplicación de la terminación convencional, el siguiente paso iniciado ya por la CNC, tal y como lo ha hecho público en su plan estratégico 2010-2012, será la redacción y publicación de una comunicación que clarifique en la mayor medida posible aquellos puntos más imprecisos de la actual regulación del procedimiento de la terminación convencional»*⁵⁸⁵.

De esta manera, tal y como veíamos en la comunicación sobre cuantificación de las sanciones, el 28 de setiembre de 2011, la CNC publica su comunicación sobre terminación convencional. La comunicación expresa en sus párrafos 3 y 4 su finalidad, cual es la de establecer unas directrices que, con carácter general, guíen la actuación de la CNC y al

⁵⁸³ En la medida que la forma normal de finalización de los expedientes sancionadores debe consistir en un pronunciamiento sobre la acreditación o no de una infracción de la norma y, en su caso, la imposición de la correspondiente sanción, la CNC ha señalado que obtener la terminación convencional de un expediente sancionador sólo debe ser posible cuando se cumplen los criterios legales y se alcanzan los objetivos perseguidos por la autoridad de Competencia. GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J: *“La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC... Op. Cit. Pág. 11*

⁵⁸⁴ GUZMAN ZAPATER, C: *“La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia: experiencia y retos... Op. Cit. Pág. 99*

⁵⁸⁵ *Ibidem. Pág. 106*

mismo tiempo sirva a las empresas sobre cómo proceder a la hora de solicitar y tramitar la terminación convencional de sus expedientes sancionadores y la de mejorar la transparencia y la previsibilidad de los supuestos y trámites para la resolución mediante terminación convencional de un expediente sancionador, favoreciendo la seguridad jurídica de los operadores económicos.

La Comunicación es de aplicación a la terminación convencional de los procedimientos sancionadores incoados por infracción de los artículos 1, 2 y/o 3 LDC y, en su caso, de los artículos 101 y/o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La resolución de un expediente sancionador mediante terminación convencional constituye una forma de finalizar un procedimiento sancionador incoado por una posible infracción sustantiva de la legislación de defensa de la competencia, es decir, por infracción de los artículos mencionados, por tanto, la terminación convencional no alcanza a otros expedientes sancionadores de la CNC –hoy CNMC- incoados por el resto de infracciones de la LDC.

Los compromisos que pueden dar lugar a la terminación convencional de un expediente sancionador podrán ser de comportamiento o estructurales, así como una mezcla de ambos tipos. Por ejemplo, compromisos de modificación de una conducta, de terminación de determinados acuerdos, de eliminación de cláusulas de acuerdos, contratos o estatutos, de desinversión, de no intervención en algunas actividades económicas, etc.⁵⁸⁶.

De cara a determinar si los compromisos presentados son aceptables, la Comunicación sobre Terminación convencional ha establecido una serie de criterios que deben respetar los compromisos⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Párrafo número 14 de la Comunicación.

(24) Por otra parte, de cara a la aceptación de los compromisos propuestos, y a los efectos de que se cumpla el requisito legal de que los compromisos resuelvan los efectos sobre la competencia, la CNMC valorará que las propuestas cumplan los siguientes requisitos:

- Los compromisos presentados efectivamente resuelvan de manera clara e inequívoca los problemas de competencia detectados.
- Esos compromisos puedan implementarse de manera rápida y efectiva.
- La vigilancia del cumplimiento y de la efectividad de los compromisos sea viable y eficaz.

[La actualización es nuestra]

⁵⁸⁷ (24) Por otra parte, de cara a la aceptación de los compromisos propuestos, y a los efectos de que se cumpla el requisito legal de que los compromisos resuelvan los efectos sobre la competencia, la CNC valorará que las propuestas cumplan los siguientes requisitos:

En todo caso, la decisión más relevante de la Dirección de Competencia, está sin duda en decidir si los compromisos planteados o presentados son suficientes y si procede iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional o elevar la propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNMC o, por el contrario, y agotadas todas las vías de negociación razonables, si los compromisos planteados o presentados no solucionan los problemas de competencia y procede no iniciar o cerrar la terminación convencional y retomar el expediente sancionador⁵⁸⁸.

Resulta muy importante para analizar los efectos de la comunicación, el precepto del párrafo 15 de la misma donde dice que «*hay que tener en cuenta que la terminación convencional es una forma de finalización del expediente sancionador distinta del acuerdo transaccional de la normativa comunitaria*⁵⁸⁹, que no encuentra reflejo en la regulación española de competencia». A día de hoy, sin embargo, en opinión de la CNC, en España la única figura que permite evitar o reducir una sanción es la clemencia. Por ello, como ha indicado en la Comunicación, la terminación convencional no se puede asimilar a los *settlements* (transacciones de multas), instrumento recogido en otras legislaciones de competencia de la UE y de fuera de ella, sino que se asemejaría más a la figura de los compromisos recogido en el artículo 9 del Reglamento (CE) 1/2003⁵⁹⁰.

-
- Los compromisos presentados efectivamente resuelvan de manera clara e inequívoca los problemas de competencia detectados.
 - Esos compromisos puedan implementarse de manera rápida y efectiva.
 - La vigilancia del cumplimiento y de la efectividad de los compromisos sea viable y eficaz.

⁵⁸⁸ La CNC ha indicado que el elemento primordial de toda terminación convencional es la configuración de unos compromisos que sean claros, efectivos y susceptibles de ser vigilados, que sirvan para prevenir o compensar los perjuicios para la competencia que puedan derivarse de las conductas investigadas y que ante todo garanticen el interés público. En todo caso, la Comunicación sobre Terminación convencional ha definido con carácter general los plazos que se fijarán para presentar la primera propuesta de compromisos (15 días), para presentar alegaciones a esta primera propuesta por las demás partes del expediente (10 días) y para presentar, en su caso, la segunda propuesta de compromisos (10 días). Véase GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J: “*La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación...* Op. Cit. Págs. 14 y 25.

⁵⁸⁹ El acuerdo transaccional previsto en el Reglamento (CE) nº 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel.

⁵⁹⁰ GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J: “*La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación...* Op. Cit. Pág. 18

De la misma manera en lo que se refiere a los aspectos sustantivos, la comunicación aclara que por norma general no se acordará el inicio de la terminación convencional cuando:

- *Se investigue: una conducta que se agota en sí misma o una infracción del artículo 1 LDC en relación con un cártel,*
- *Las conductas investigadas hayan tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo o hayan afectado a una parte sustancial del mercado.*
- *El/los presunto/s infractor/es hayan sido declarados con anterioridad por la CNMC u otra autoridad de defensa de la competencia responsables de una práctica prohibida por conductas similares, o cuando hubieran sido parte de una terminación convencional previa por prácticas similares.*
- *La no continuación del procedimiento sancionador ponga en riesgo la eficacia y el carácter disuasorio de la normativa de competencia. En particular, cuando la CNMC estime necesario que exista un pronunciamiento expreso de infracción de la normativa de competencia*⁵⁹¹.

La comunicación limita de esta manera la discrecionalidad de la autoridad de competencia inspirándose en algunos de los criterios que encierra el Manual interno de la Comisión Europea. En particular se recogen como no susceptible de compromiso: los cárteles, las conductas que hayan agotado sus efectos, las que hayan producido efectos irreversibles y que la empresa haya sido declarada con anterioridad responsable de una práctica prohibida por conductas similares o hayan sido partícipes de una terminación convencional por prácticas similares⁵⁹².

⁵⁹¹ Párrafo número 23 de la Comunicación [La actualización es nuestra]

⁵⁹² Según BAÑO LEÓN, «estas precisiones de la comunicación de 2011 encierran una lógica indiscutible. Los cárteles como conducta más grave a la que se aplican las sanciones más severas son insusceptibles de un acuerdo convencional excluyente de la sanción. Por otra parte, es incompatible con la llamada “cláusula de clemencia” del artículo 65 LDC, pues la finalidad de ese precepto, que es fomentar la denuncia de los cárteles, quedaría arruinada si paralelamente las empresas pudieran ofrecer compromisos sin sanción. Tampoco es lógico que puedan adoptarse compromisos si la conducta ha producido efectos irreversibles o ya han agotado sus efectos. La razón de ser del compromiso es que mediante el pacto se ponga fin a una conducta que sigue desplegando efectos. Por lo tanto, es inaplicable cuando la conducta ha consumado todos sus efectos. La cláusula final que llama a la discrecionalidad última de la Administración se desprende del propio enunciado literal del artículo 52 LDC. La autoridad de competencia siempre puede desestimar los compromisos si estima más pertinente imponer sanciones o resolver la imposición de medidas estructurales por vía de regulación unilateral...». Véase BAÑO LEÓN, J. M.: “Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia... Op. Cit. Pág. 261

Esta serie de criterios sustantivos son un gran aporte de la comunicación, según los cuales se recogen determinadas tipologías de casos (cárteles, conductas que se agotan en sí mismas, efectos sobre los mercados de las conductas investigadas significativos y duraderos, reincidencia, etc.), para los que en principio nunca es admisible la terminación convencional, porque en estos casos nunca existirían compromisos suficientes que resolvieran los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas.

Las decisiones de inicio y aceptación de una terminación convencional del expediente sancionador tienen un carácter discrecional para la autoridad de competencia⁵⁹³, y cada expediente sancionador presenta sus propias especificidades, por lo que la autoridad de competencia debe aplicar caso por caso el margen de apreciación del que dispone⁵⁹⁴. La decisión de iniciar las actuaciones tendientes a la terminación convencional –previa propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas– correspondía a la Dirección de investigación de la anterior CNC pasando hoy a corresponder a la dirección de Competencia de la CNMC.

El procedimiento establecido en la comunicación complementa el procedimiento del artículo 39 del Reglamento de la LDC y en el artículo 52 de la LDC y ha sido fundamental en las resoluciones sobre terminación convencional dictadas por la autoridad de competencia. Apreciamos por lo tanto en esta comunicación, los criterios normativos tan precisos que se encuentran en este instrumento no vinculante sobre la forma excepcional de poner fin a un expediente sancionador, en el que el infractor y la autoridad de competencia

⁵⁹³ (21) En donde la Dirección de Competencia de la CNMC para adoptar la decisión de iniciar las actuaciones tendientes a la terminación convencional deberá tener en cuenta diversos factores, tanto de carácter sustantivo como de procedimiento que son relevantes de cara a la salvaguarda de los criterios de admisibilidad de una terminación convencional recogidos en el art. 52 LDC, concretamente, la resolución de los efectos sobre la competencia y la garantía del interés público. [La actualización es nuestra]

⁵⁹⁴ En todo caso, en la medida que no es fácil determinar *ex ante* todos los supuestos que no son susceptibles de acogerse a la terminación convencional, la Comunicación deja claro que dichos criterios son generales y que la CNC siempre conserva un margen de apreciación a la hora de determinar si procede o no la terminación convencional en un caso específico. GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J: “La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación... Op. Cit. Pág. 13.

–la actual CNMC– llegan a compromisos vinculantes sin necesidad de declaración de infracción e imposición de sanciones⁵⁹⁵.

Ahora bien, sobre el alcance y efectos jurídicos de la Comunicación, en palabras de la extinta CNC:

"[es] evidente, y por ello no resulta efectuar mayores consideraciones al respecto, que, por un lado, dicha Comunicación carece de naturaleza normativa y, por lo tanto, de eficacia normativa y que, por otro, el procedimiento de terminación convencional se rige por lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento de Defensa de la Competencia. Cualquier debate que pretenda poner estas afirmaciones en cuestión resulta absolutamente estéril. Por el contrario, el objetivo que persigue la Comunicación no es otro que, partiendo de la discrecionalidad de que goza la CNC para acordar esta forma extraordinaria de terminación del procedimiento y del carácter restrictivo con que se debe aplicar, establecer una serie de pautas, como son las relativas al momento, forma y términos en que es preferible solicitar su iniciación, que facilitan su tramitación, pero también poner de manifiesto una serie de criterios que, con carácter general, permiten a los interesados conocer la postura de la Comisión respecto a los casos en que se considera que procede o no su iniciación. O lo que es lo mismo, esta Comunicación, al igual que las restantes adoptadas por la CNC, aclaran, como señala la Disposición Transitoria Tercera de la LDC, "los principios que guían su actuación". "Atendiendo a lo expuesto, el hecho de presentar en su solicitud las líneas generales de los compromisos y justificar por qué los mismos se consideran adecuados y suficientes es, como se dice en la propia Comunicación, una práctica que facilita el análisis de la solicitud y su eventual posterior tramitación. Pero siempre se deberá atender a que la propia solicitud de terminación convencional no resulte improcedente por motivos de fondo. Por tanto, se trata elementos que la Dirección de Investigación puede tener en cuenta a la hora de valorar la petición. Esa, y no otra, es la interpretación que debe atribuirse a la mención que, al respecto, se efectúa en el Acuerdo recurrido⁵⁹⁶". (El subrayado es nuestro)

Entre la serie de pautas más importantes, por mencionar algunas, podemos enunciar el plazo de quince días para que el solicitante presente la primera versión de los compromisos –según el artículo 39.2 RDC, la propuesta de compromisos ante la Dirección de

⁵⁹⁵ PADRÓS REIG, C: "Objetividad, predictibilidad y determinación normativa... Op. Cit. Pág. 12

⁵⁹⁶ Resolución de la CNC de 22 de febrero de 2012. (Expte. R/0089/11, Colegio de Ingenieros de Caminos) y Resolución de la CNC de 28 de diciembre de 2011 (Expte. R/0085/11, AGEDI-AIE)

competencia no podrá ser en ningún caso superior a tres meses- en el acuerdo de inicio de las actuaciones tendientes a la terminación convencional⁵⁹⁷.

El esclarecimiento de que el hecho de que la Dirección de Competencia acuerde iniciar la terminación convencional de un expediente sancionador no implica necesariamente la elevación de una propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNMC ni impide la continuación del expediente sancionador si la Dirección de Competencia estima que los compromisos no son suficientes⁵⁹⁸, resulta muy relevante.

En cuanto a los compromisos: el establecimiento de que las propuestas de compromisos identificarán los compromisos que se presentan y las partes sometidas a los mismos, su ámbito territorial de aplicación, los plazos de implementación de los mismos y su periodo de vigencia⁵⁹⁹.

En cuanto al procedimiento: el traslado de la primera propuesta formal por parte de la Dirección de Competencia al Consejo de la CNMC para conocimiento y al resto de interesados en el expediente a fin de que éstos puedan alegar lo que crean conveniente en un plazo de diez días hábiles y la elevación de la propuesta prevista en el artículo 39.5 del RDC siempre y cuando entienda que los primeros compromisos presentados son proporcionados y suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público; en caso contrario, la Dirección de competencia adoptará un Acuerdo mediante el cual se pondrá de manifiesto que la primera propuesta de compromisos no es suficiente, indicando las causas y deficiencias que se consideren dando un plazo de diez días hábiles para que la parte que ha presentado dichos compromisos presente una segunda propuesta y en caso de no ser presentado en el plazo

⁵⁹⁷ Párrafo 31 de la Comunicación.

⁵⁹⁸ Párrafo 33 de la Comunicación

⁵⁹⁹ Párrafo 34 de la Comunicación

establecido o de ser considerada insuficiente se entiende desistida la terminación convencional y se continuará con la instrucción del procedimiento sancionador⁶⁰⁰.

Otras pautas como: la mención de la importancia de que la mención de confidencialidad de la propuesta de compromisos esté justificada motivadamente punto por punto⁶⁰¹, la posibilidad de que la Dirección de Competencia pueda requerir a la parte que ha presentado los compromisos cuantas aclaraciones o modificaciones estime necesarias⁶⁰², la posibilidad de que la Autoridad de Competencia, en caso de incumplimiento de la resolución de terminación convencional, pueda abrir un nuevo procedimiento sancionador contra las mismas conductas que fueron objeto de la terminación convencional⁶⁰³.

Estas son algunas de las pautas, directrices o guías que la autoridad de competencia ha estimado necesarias de incluir a la hora de marcar las bases tanto sustantivas como procedimentales, utilizando como base a la experiencia desarrollada en los sucesivos casos de terminaciones convencionales⁶⁰⁴.

En palabras de BAÑO LEÓN⁶⁰⁵: en términos generales del procedimiento administrativo y del contencioso españoles, cualquier interesado puede recurrir el acuerdo de terminación convencional. Obviamente las partes que han propuesto los compromisos difícilmente pueden recurrir el acuerdo sin violentar la regla del *venire contra factum proprio*.

⁶⁰⁰ Párrafo 36, 40, 41 y 42 de la Comunicación

⁶⁰¹ Párrafo 35 de la Comunicación

⁶⁰² Párrafo 39 de la Comunicación

⁶⁰³ Párrafo 50 de la Comunicación

⁶⁰⁴ Ver el Anexo II “Expedientes finalizados por terminación convencional desde la entrada en vigor de la LDC” en GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J: “La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC”. En Working Paper IE Law School. A.18-197. 12 de marzo de 2013. En este anexo, dejando al margen los tres acuerdos de terminación convencional suscritos bajo la Ley 16/1989, se recoge una exposición sucinta de los 22 casos en los que la CNC ha finalizado un expediente sancionador mediante terminación convencional en aplicación de la Ley 15/2007. Análisis de expedientes que van desde la entrada en vigor de la ley hasta principios de 2013.

⁶⁰⁵ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia... Óp. Cit. Pág. 263.

De todo lo dicho, vemos que el gran aporte de la Comunicación sobre Terminación convencional consiste en la tarea de coadyuvar a Autoridad de Competencia al momento de tomar su decisión discrecional de proceder o denegar la terminación convencional, proveyendo una serie de criterios para aumentar la previsibilidad y transparencias de la autoridad de competencia.

Veremos a continuación algunas resoluciones, tanto de la CNC como de la actual CNMC en cuanto a las terminaciones convencionales de expedientes sancionadores a la luz de la Comunicación.

2.2.1. Alcance a la luz de las resoluciones de la Autoridad de Competencia y la jurisprudencia

Hemos hablando del margen discrecional con que cuenta la Autoridad de Competencia para admitir o no la iniciación del trámite de la terminación convencional, observamos en este sentido cómo la Autoridad de Competencia, la anterior CNC; en su resolución de 5 de marzo de 2012⁶⁰⁶, valiéndose de la Comunicación como base para su razonamiento jurídico decide no iniciar las actuaciones tendientes a la Terminación convencional. Anotamos a continuación los argumentos utilizados.

La resolución de 5 de marzo de 2012, refiriéndose a la Comunicación sobre terminación convencional, señala: *«en la Comunicación de la CNC sobre terminación convencional, que como hemos dicho, sirve de guía a la actuación de la CNC en la materia, se establece que el objeto de la terminación convencional es doble. Por un lado, se busca lograr un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia o eliminen las restricciones de competencia injustificadas, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público. Por otro lado, permite cumplir con el principio de eficacia administrativa, posibilitando una utilización más adecuada de los recursos de la CNC, al facilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el*

⁶⁰⁶ Resolución de la CNC de 5 de marzo de 2012 (Expte. R/0093/11, CETM).

que se acuerda la terminación convencional. De este modo, parece obvio que si el primero de los objetos no se puede cumplir, por cuanto que es imposible proteger el interés público ya vulnerado por unas recomendaciones difundidas en 2006, -sin que existan compromisos que puedan resolver las posibles restricciones a la competencia- , de nada sirve entrar a considerar las razones de eficacia administrativa»⁶⁰⁷.

En la indicada resolución, la CNC entiende que resulta inoportuno -como pretende la recurrente- proceder al inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional tan sólo por razones de eficacia administrativa, ya que estas son, a todas luces, complementarias al objeto principal. La reducción de los trámites de instrucción, el acortamiento de los plazos de resolución del expediente y, en definitiva, la racionalización de los recursos de la CNC en que se traduce la eficacia administrativa, sólo podrán valorarse positivamente en la medida en que el objeto principal se cumpla, y no en caso contrario⁶⁰⁸.

De esta manera advertimos una clara influencia jurídica en cuanto al alcance de las disposiciones de la Comunicación sobre terminación convencional.

En cuanto al criterio sustantivo señalado en el párrafo 23 de la Comunicación sobre Terminación convencional, la CNC ha dicho interpretando la comunicación, lo siguiente: *«es criterio repetido de este Consejo que no es indiferente el tipo de conducta infractora de la normativa de Defensa de la competencia y los efectos que haya producido o podido producir para valorar si el procedimiento puede terminar convencionalmente. Tal criterio tiene reflejo en la Comunicación de la CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores que, al referirse a los casos en los que procede la terminación convencional, señala que “por norma general no se acordará el inicio de la terminación convencional cuando: Se investigue una conducta que se agota en sí misma o una infracción del art. 1 LDC en relación con un cártel”. El Consejo considera que en los casos señalados la terminación convencional ni resuelve los efectos sobre la competencia*

⁶⁰⁷ Resolución de la CNC de 5 de marzo de 2012 (Expte. R/0093/11, CETM). El subrayado es nuestro

⁶⁰⁸ Resolución de la CNC de 5 de marzo de 2012 (Expte. R/0093/11, CETM). En el mismo sentido ver Resolución de la CNC de 5 de marzo de 2012 (Expte. R/0094/11, TRANSCALIT), Resolución de la CNC de 28 de diciembre de 2011. (Expte. R/0085/11, AGEDI-AIE), Resolución de la CNC de 8 de mayo de 2013. (Expte. R/0136/13, GOLDCAR)

ya producidos por la conducta ni garantiza suficientemente el interés público que, en casos como los examinados, ha podido verse claramente perjudicado por la existencia del acuerdo de precios. La apreciación que se acaba de efectuar es, a juicio de este Consejo, criterio suficiente para considerar que la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la Terminación convencional del procedimiento acordada por la Dirección de Investigación resulte absolutamente ajustada a derecho, lo que debería conducir a la desestimación del presente recurso. A mayor abundamiento, ninguno de los casos señalados por COPLASA en su recurso como ejemplos de resolución mediante Terminación convencional en supuestos de conductas restrictivas de la competencia particularmente graves se corresponde con las conductas señaladas en la citada Comunicación de la CNC»⁶⁰⁹.

En contraposición, la Dirección de Investigación de la anterior Autoridad de Competencia, la CNC, también ha resuelto positivamente solicitudes de terminaciones convencionales haciendo uso para ello de su Comunicación. Así lo notamos cuando utiliza como criterios normativos para valorar la adecuación de los compromisos para la terminación convencional del expediente los siguientes: *«la Ley 15/2007 regula en su artículo 52 la terminación convencional como una forma de resolución del procedimiento sancionador por conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y/o 3 de la Ley y, en su caso, de los artículos 101 y/o 102 TFUE, atípica y alternativa al pronunciamiento sobre el fondo del asunto objeto del expediente sancionador (párrafos 8 y 9 de la Comunicación de terminación convencional)»*⁶¹⁰. Se revela así muy claramente la utilidad de la Comunicación al momento de hacer uso de esta forma atípica de terminación de expedientes sancionadores.

De la misma manera, valiéndose de la Comunicación, manifiesta la misma resolución: *«sobre la base de la propuesta recibida y teniendo en cuenta los hechos que constan en el informe y en el expediente instruido por la Dirección de Investigación, conforme a la LDC (art. 52), al RDC (art. 39) y a la Comunicación sobre terminación convencional de*

⁶⁰⁹ Resolución de la CNC de 20 de setiembre de 2012. (Expte. R/0107/12, SUMINISTROS COPLASA). El subrayado es nuestro

⁶¹⁰ Resolución de la CNC de 19 de febrero de 2013. (Expte. S/0348/11 UICM)

expedientes sancionadores de octubre de 2011 (apartados 46-47), el Consejo puede emitir fundamentalmente dos clases de pronunciamientos: (i) que los compromisos son adecuados, o (ii) instar a la Dirección de Investigación la continuación del expediente sancionador de forma que se finalice con un pronunciamiento de los previstos en el artículo 53 de la LDC descritos en el Fundamento de Derecho PRIMERO...» y continúa refiriéndose más expresamente a la comunicación en estos términos: «en todo caso, como bien dice la DI, en este supuesto se cumplen los requisitos para una terminación convencional que se explicitan en la Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores publicada por la CNC en el año 2011. No estamos ante un cartel ni la infracción se agota en sí misma, y tampoco se han apreciado efectos irreversibles sobre la competencia. Por otra parte IONMED solicitó la Terminación convencional y presentó los compromisos apenas transcurrido un mes de la incoación del expediente»⁶¹¹.

En este mismo sentido, la CNC, manifiesta en otra de sus resoluciones: *«la CNC adoptó una Comunicación en septiembre de 2011 sobre terminación convencional, con el fin de establecer unas Directrices que, con carácter general, guíen la actuación de la CNC y al mismo tiempo sirva a las empresas sobre cómo proceder a la hora de solicitar y tramitar la terminación convencional de sus expedientes sancionadores»*⁶¹².

El consejo de la extinta CNC ha considerado –además de las ya citadas- como adecuadas y ha aceptado las propuestas de terminación convencional en las resoluciones siguientes: Resolución del Consejo de la CNC de 28 de diciembre de 2011. (Expte. S/0235/10 CONVENIOS FEMP/CONSEJOS GENERALES DE COLEGIOS PROFESIONALES), Resolución del Consejo de la CNC de 22 de noviembre de 2011. (Expte. S/0302/10 ORONA / OMEGA), Resolución del Consejo de la CNC de 31 de agosto de 2012. (Expte. S/0338/11 SUBARU), Resolución de 8 de mayo de 2013. (Expte. R/0137/13, SPECIAL

⁶¹¹ Resolución de la CNC de 18 de febrero de 2013. (Expte S/386/11, IONMED ESTERILIZACIÓN). De igual manera resolvió acogiendo a los párrafos 8, 9 y 10 de la Comunicación sobre Terminación convencional en la Resolución de 22 de marzo de 2013 (Expte. S/0418/12, ALL SPORTS MEDIA 66).

⁶¹² Resolución de la CNC de 20 de diciembre de 2012. (Expte. SA CAN 0013/11, COLEGIO MEDICOS LAS PALMAS), con igual mención, la Resolución de la CNC de 19 de noviembre de 2012. (Expediente sancionador EXPTE. SANC 07/2011-API). El subrayado es nuestro.

PRICES, AUTO REISEN) y Resolución de 21 de febrero de 2013, Expte. R/0124/12 AVIS, por citar algunas.

Ahora, pasemos a analizar una de las resoluciones más recientes dictadas por la recién creada Autoridad de Competencia española, la CNMC, donde se observa cómo la nueva Autoridad de Competencia también se acoge a las Directrices de la Comunicación sobre terminación convencional.

El Consejo de la CNMC (Sala de Competencia) ha hecho uso de la Comunicación en la reciente Resolución de 20 de febrero de 2014⁶¹³. La recurrente solicita al Consejo de la CNMC que anule el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de noviembre de 2013 y ordene a la misma la iniciación de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador S/0430/12. La recurrente considera que la solicitud de terminación convencional que presenta sí cumple con los requisitos establecidos en la Comunicación sobre terminación convencional de la CNC de 28 de septiembre de 2011, al contrario de lo apreciado por la DC en el acuerdo que se recurre⁶¹⁴.

Veamos cómo la nueva autoridad resuelve tomando como elemento de interpretación la Comunicación.

La CNMC dice: *«es fundamental precisar que la normativa de Defensa de la Competencia únicamente reconoce un derecho a solicitar la terminación convencional, no a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo que no se puede apreciar una correlativa obligación de la CNMC a concluir de esta forma un procedimiento por el mero hecho de solicitarse»*, de modo que la decisión de si procede o no iniciarla, tiene carácter discrecional y *«en definitiva, debe ser la CNMC la que a la vista de las circunstancias del*

⁶¹³ Expte. R/0160/13, UDER

⁶¹⁴ UDER entiende el acuerdo carente de motivación según lo exigido por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 30 de enero de 2013. La recurrente, en particular, alega que las conductas supuestamente anticompetitivas investigadas por la DC ni se agotan en sí mismas ni han tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo ni han afectado a una parte sustancial del mercado. En cuanto a los compromisos presentados, la recurrente defiende la adecuación de los mismos para la resolución de los problemas de competencia aparentemente detectados por la DC, así como su voluntad de ampliarlos o modificarlos si fuese necesario.

caso concreto valore la pertinencia de la Terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción».

En cuanto a lo que nos interesa especialmente, que es el alcance de la Comunicación para la CNMC, la misma expresa: *«ahora bien, es obvio que, tal y como viene reflejado en la Comunicación sobre terminación convencional de 28 de septiembre de 2011, existe un tipo de conductas que por norma general no dará lugar al inicio de la terminación convencional como son, entre otras, aquellas conductas que se agotan en sí mismas, las infracciones del artículo 1 de la LDC en relación con un cártel o las conductas que hayan tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo o hayan afectado a una parte sustancial del mercado, y cierto es que todas ellas son calificables de conductas graves. Sin embargo, no es dicha gravedad, por sí sola, la que evita acudir a la terminación convencional de un expediente sancionador, sino que la misma suele ser inherente a este tipo de conductas que, por normal general, no darán lugar al inicio de la terminación convencional».* Por lo que, en este caso concreto, *“se trata de una conducta que se agota en sí misma, puesto que una vez que se ha producido el perjuicio a la competencia derivado de la misma es irreversible y que, a mayor abundamiento, se ha mantenido durante más de cinco años, entiende este Consejo que asiste la razón a la Dirección de Competencia para tomar la decisión de no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional”*⁶¹⁵.

Notamos de esta manera la congruencia entre el razonamiento de la CNMC y las sucesivas resoluciones de la CNC con respecto a la Comunicación.

2.2.2. Los efectos de la Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores a la luz de la Jurisprudencia de la Audiencia Nacional.

⁶¹⁵ Resolución de la CNMC de 20 de febrero de 2014. (Expte. R/0160/13, UDER). Subrayado y cursiva nuestros.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de enero de 2013⁶¹⁶, en respuesta del recurso interpuesto por ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y de ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra resolución de la CNC de 28 de diciembre de 2011. (Expte. R/0085/11, AGEDI-AIE), sobre solicitud de terminación convencional es un ejemplo de cómo ha interpretado la Audiencia Nacional la utilización por parte de la CNC de su Comunicación sobre terminación convencional.

En el caso en cuestión, considera la parte actora que la razón de ser de la resolución del Consejo que se combate gira sobre la facultad para decidir si se inicia o no el procedimiento de terminación convencional. Según las demandantes la resolución no razona sobre esa posibilidad excepcional de inadmitir a trámite una solicitud por motivos materiales y entienden que la Dirección de Investigación no puede inadmitir de plano una solicitud como la presentada por las hoy actoras, sino que debe tramitarla para que el órgano competente para resolverla, que es el Consejo de la CNC, decida. Además, se alega en la demanda indefensión y que la Comunicación no es norma jurídica y no puede imponer obligaciones o requisitos que no aparezcan en la Ley o en el Reglamento, siendo así que, en definitiva, la solicitud reunía los requisitos legales.

Por su parte, la CNC en su resolución había dicho con respecto a la comunicación lo siguiente: *«esta Dirección de Investigación debe tener en cuenta la Comunicación sobre Terminación convencional de los Expedientes Sancionadores, en la se recogen las pautas de actuación que seguirá la CNC de cara a acordar o timar una solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la Terminación convencional de un expediente... Asimismo, en este caso se incumple el criterio recogido en la Comunicación de que los presuntos infractores no hayan sido declarados con anterioridad responsables de una práctica prohibida por conductas similares»* (el subrayado es nuestro)

A todo ello, la Audiencia Nacional falla desestimando el recurso y se basa para ello en la propia Comunicación de la CNC, exponiendo sus motivos en el tenor literal siguiente: *«en*

⁶¹⁶ Sentencia del 30 de enero de 2013. Recurso 57/2012. SAN 221/2013

concreto, y siguiendo los criterios de la Comunicación de 28 de septiembre de 2011 (documento n° 4 de los que acompañan a la demanda) se deniega la apertura del expediente por los siguientes motivos⁶¹⁷...» (el subrayado es nuestro)

Esto es sumamente importante de cara a nuestra investigación y al alcance del Derecho suave, en este caso de la Comunicación sobre Terminación convencional. La jurisprudencia de la Audiencia Nacional, siguiendo el razonamiento de las numerosas resoluciones de la extinta CNC en donde hace uso de su Comunicación, decide utilizar este instrumento indicativo como elemento de interpretación al momento de decidir o no la iniciación o no de la Terminación convencional y como vemos en este caso se aparta del argumento de la recurrente cuando expresa que la Comunicación no es norma jurídica y no puede imponer obligaciones o requisitos que no aparezcan en la Ley o en el Reglamento, acogiéndose, en contraposición, a los criterios de la Comunicación.

Pasemos a analizar ahora un punto controvertido. ¿Cuál es la fecha límite para solicitar la iniciación de las actuaciones tendentes a la Terminación convencional?

⁶¹⁷ Fundamento jurídico número 6: «- En primer término, porque no se han puesto en contacto previo con la DI para preparar las líneas generales de los compromisos, y las líneas generales finalmente presentadas son demasiados generales e imprecisas. Se pone de manifiesto así la inconsistencia de la propuesta en cuestiones de complejidad técnica elevada como las que son objeto del procedimiento en cuestión

- En segundo lugar, porque no se han presentado compromisos para todos los problemas identificados en el Pliego de Concreción de Hechos. La propuesta no era sólo genérica, imprecisa y no negociada previamente, sino además incompleta, algo que no niega la parte recurrente, sino que lo ratifica cuando afirma que la iba a completar con posterioridad.

- En tercer lugar, por las dudas sobre si existen posibles compromisos efectivos y viables, que puedan implantarse de manera rápida, en la medida que dependerán de la voluntad de negociación de AGEDI/AIE y ANTENA 3, que hasta ahora ha sido muy reducida. Tampoco, pues, se habían puesto en contacto quienes proponen la terminación convencional con los perjudicados por la conducta, lo que se une al hecho de que existe una sentencia del Tribunal Supremo que condenó a la parte recurrente a pagar determinadas cantidades a Antena 3, de lo que se puede deducir que existían pocas posibilidades de llegar a un acuerdo, siendo la capacidad de negociación un factor esencial para poder llevar a buen término la proposición de terminación convencional que, además, en todo caso requieren que se asuman compromisos entre particulares, sin los cuales la voluntad del presunto infractor puede devenir estéril para cumplir lo prometido ante la CNC.

- Por último, se incumple el criterio recogido en la Comunicación de que los presuntos infractores no hayan sido declarados con anterioridad responsables de una práctica prohibida por conductas similares.

La Sala comparte el criterio de la CNC pues quien ya ha sido sancionado por unos mismos hechos, y conocedor de que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico incide de nuevo en ella, no merecedor de obtener el beneficio que sin duda supone la terminación convencional del procedimiento que, además, como excepción al ejercicio a la potestad sancionadora, debe ser interpretada y aplicada de manera prudente y rigurosa».

Según las pautas de los párrafos 11, 21 y 22 de la Comunicación sobre Terminación convencional⁶¹⁸, las solicitudes de inicio tardías tienen menos visos de ser aceptadas por la Dirección de Competencia, por lo que recomienda que las mismas se presenten cuanto antes a partir de la incoación del expediente sancionador y hasta la finalización del plazo de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.

En cuanto a este punto, la Audiencia Nacional ha entendido que una solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la Terminación convencional posterior a la emisión de la propuesta de resolución, es extemporánea. En la sentencia de 5 de julio de 2012 en relación con la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2011⁶¹⁹, la Audiencia Nacional, ha razonado que las actuaciones tienen que ser iniciadas por la Dirección de Investigación (ahora la Dirección de Competencia), por lo que esto sólo se puede producir mientras esté abierta la fase de instrucción, que finaliza en todo caso con la emisión de la propuesta de resolución y no con la elevación del informe propuesta al Consejo de la CNC (ahora al Consejo de la CNMC)⁶²⁰.

De ser asumida esta interpretación de la Audiencia Nacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se clarificaría que legalmente la fecha límite para solicitar la Terminación convencional es la emisión por parte de la Dirección de Competencia de la propuesta de resolución y no la elevación del informe propuesta al Consejo de la CNMC⁶²¹.

⁶¹⁸ (11) Por estos motivos, con carácter general, la terminación convencional de los expedientes sancionadores es más factible cuanto antes se presente en la fase de instrucción de los mismos, en la medida que conforme haya una mayor convicción fundada de la comisión de una infracción, más difícil es que la CNC observe y justifique que se salvaguarda el interés público sin necesidad de sancionar una conducta infractora. Además, cuanto más avanzada está la fase de instrucción de un expediente, más desdibujado queda el efecto de satisfacción del interés público que se obtiene mediante la pronta finalización del expediente y que permite una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia detectada

(22) En lo que respecta a las cuestiones de procedimiento, por norma general la Dirección de Investigación acordará el inicio de la terminación convencional cuando: La solicitud se produzca antes de la finalización del plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 LDC.

⁶¹⁹ Sentencia del 5 de julio de 2012. Recurso 398/2011. SAN 3114/2012

⁶²⁰ GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J: “*La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC...* Op. Cit. Pág. 19

⁶²¹ *Ídem*

En la sentencia en cuestión, ARTISTAS INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION (AISG) recurre la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de junio de 2011 relativa a no iniciación de expediente de terminación convencional y la Audiencia Nacional resuelve que *«el propio artículo 50 pfs. 4 y 5 señala como momento final de la instrucción la propuesta de resolución: "practicados los actos de instrucción necesarios la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución..... una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo remitirá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acompañándolo de un informe en el que se incluirá la propuesta de resolución...". La instrucción del procedimiento no concluye con la elevación del informe, sino que, a juicio de esta Sala, claramente ha concluido con la formulación de la propuesta de resolución, sin que el hecho de que exista un trámite, la elevación del informe, signifique que pueden practicarse nuevos actos de instrucción, y la ley dice claramente "una vez instruido el expediente, ..." como en el párrafo anterior había dicho "practicados los actos de instrucción...". Resulta en consecuencia que, por las razones expuestas, la solicitud de inicio de expediente de terminación convencional fue presentada de forma extemporánea». Con lo cual, «la Audiencia Nacional ha razonado que las actuaciones tendentes a la terminación convencional tienen que ser iniciadas por la Dirección de Investigación, por lo que esto sólo se puede producir mientras esté abierta la fase de instrucción, que finaliza en todo caso con la emisión de la propuesta de resolución y no con la elevación del informe propuesta al Consejo de la CNC⁶²²».*

2.2.3. A modo de conclusión acerca del alcance de la Comunicación sobre terminación convencional

Del análisis de las numerosas tanto de la Comunicación sobre terminación convencional como de las numerosas sentencias tanto de la CNC, CNMC como de la Audiencia Nacional, podemos destacar algunas conclusiones.

Se puede concluir que la redacción del artículo 52 de la Ley de Defensa de la Competencia ha sido difícil de articular, por lo que la CNC encontró en la Comunicación sobre

⁶²² Sentencia del 5 de julio de 2012. Recurso 398/2011. SAN 3114/2012

Terminación convencional una plausible iniciativa, ya que el artículo 39 del Reglamento de la Ley no sólo no mejora en lo absoluto la escueta regulación que contiene el artículo 52 de ésta, sino que crea problemas adicionales⁶²³.

La Comunicación ha mejorado indiscutiblemente el texto de ambas normas, legal y reglamentaria, permitiendo a la Dirección de Competencia, formular el inicio de las actuaciones o de invitar a los expedientados a solicitar el inicio de los trámites, cosa que la LDC no contempla, pero tampoco prohíbe. Ha hecho también un esfuerzo notable por aligerar los plazos del pesado procedimiento diseñado por el artículo 39 del Reglamento. Así, fija en quince días el plazo que el acuerdo de inicio concederá a los solicitantes para presentar su propuesta de compromisos y en esta misma línea fija en diez días el plazo, que el Reglamento no precisa, para presentar la segunda versión de los compromisos en el supuesto de que la Dirección de Competencia no considerase aceptable la primera. Aclara en fin, la Comunicación, algo que ni la Ley ni el Reglamento precisaban, a saber: la posibilidad de que la Terminación convencional pueda tener carácter parcial, esto es, limitarse a alguno o algunos de los presuntos infractores, sin perjuicio de que el procedimiento sancionador continúe para los demás⁶²⁴.

Entre las ventajas de esta forma atípica de terminación del expediente sancionador podemos encontrar algunas muy importantes, como ser las que se mencionan a continuación.

La terminación convencional de los expedientes sancionadores presenta ventajas para las autoridades, para las empresas y para los consumidores. Para las autoridades de competencia, la ventaja más evidente es que permite alcanzar una solución rápida, ágil y afinada a los problemas de mercado detectados. Los compromisos acordados – generalmente muy precisos– se pueden poner inmediatamente en práctica y no quedan albur de largos procesos y recursos. Esta ventaja es particularmente relevante en mercados

⁶²³ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R.: “La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticoncurrenciales... *Óp. Cit.* Pág. 39

⁶²⁴ *Ibidem.* Pág. 42

con un importante componente tecnológico⁶²⁵, en continua y rápida evolución, en los que ni el remedio que reclaman los mercados ni las decisiones estratégicas que necesitan adoptar las empresas pueden esperar los largos años que normalmente requieren los expedientes sancionadores⁶²⁶.

La terminación convencional, además, es particularmente adecuada en los casos en los que, para el restablecimiento de la competencia en el mercado, no basta con la mera prohibición de una determinada conducta, sino que lo importante es diseñar las condiciones que permitan salvaguardar en el futuro una competencia efectiva. La negociación de los compromisos entre la autoridad y las empresas investigadas⁶²⁷, oídos también los demás operadores afectados, puede permitir diseñar unos compromisos que, sin limitar innecesariamente la libertad de empresa y muy particularmente su potencial innovador, resuelvan los problemas mediante la imposición de obligaciones claras, precisas y fácilmente controlables para garantizar su eficacia. Por último, y lo más importante, para los consumidores, la Terminación convencional constituye la forma más rápida y eficaz de disfrutar de las ventajas de un mercado con competencia efectiva.

En este sentido y en el curso de unas Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia celebradas en Valencia el 11 de abril de 2014⁶²⁸, José María Marín volvió a repetir una

⁶²⁵ Por eso, muchas de las Terminaciones Convencionales aceptadas por las Autoridades Europeas se han producido en estos sectores. Así, la CE aceptó en 2009 los compromisos presentados por Microsoft para facilitar a los usuarios la elección de navegador y los ofrecidos en 2011 por IBM sobre el mercado de insumos necesarios para prestar servicios de mantenimiento de los equipos informáticos de unidad central y los programas informáticos del sistema operativo de IBM, así como la decisión adoptada en julio de 2013 en relación con la oferta de libros electrónicos.

⁶²⁶ MARTINEZ LAGE, S.: *“La sanción es el fracaso del sistema”*. Artículo en prensa. Fecha 12 de mayo de 2014. Disponible en http://cincodias.com/cincodias/2014/05/12/empresas/1399911673_899965.html. [En línea]

⁶²⁷ Para las empresas investigadas la ventaja más evidente es que la Terminación convencional concluye sin una declaración de que la empresa ha incurrido en una práctica prohibida –evitando así el daño reputacional– y sin la imposición de multas. Pero, además, el proceso de negociación de los compromisos previos a la terminación convencional permite a las empresas conocer las preocupaciones de la autoridad y proponer pautas de comportamiento futuro que, con menor intrusión en su libertad empresarial, garanticen la competencia en el mercado.

⁶²⁸ VII Jornadas de Defensa de la Competencia. Tema de las Jornadas: «NUEVOS HECHOS, NUEVO DERECHO DE LA COMPETENCIA» Programa disponible en http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/Triptico_VII_Jornadas_Nacionales.pdf. [En línea]

afirmación hecha ya en una de sus primeras intervenciones públicas como presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con las siguientes palabras: « *en concreto y en lo que respecta a la CNMC, y como he señalado en alguna ocasión anterior, nuestro objetivo no es perseguir a las empresas, sino ayudarlas, y por eso hemos impulsado una política de diálogo y puertas abiertas. Es mejor convencer y hablar. La multa es la expresión última de un fracaso*»⁶²⁹.

Por todo ello y a pesar de las evidentes ventajas que conlleva la utilización de la Terminación convencional, coincidimos con FERNANDEZ RODRIGUEZ en que: «*la comunicación no ha podido, lógicamente, ir más allá, por lo que el procedimiento, a pesar de estos retoques, sigue siendo muy laborioso y consumiendo demasiado tiempo, lo que merma, la eficacia real de la terminación convencional. () Demasiados trámites, demasiadas oportunidades, demasiado tiempo para que “puedan salir las cuentas”*». Y junto con el Profesor Tomás Ramón podemos decir finalmente que «*la ley (LDC) debería ser rectificada en este punto para situarla en el mismo lugar que eligió en su momento el Reglamento 1/2003. () Como no es probable que el legislador se avenga a reconocer sus errores, conviene pensar también qué es lo que podría hacerse sin alterar el texto legal, es decir mediante una nueva lectura de éste y la modificación en profundidad del Reglamento, que es algo mucho más asequible. () La Comisión ya hecho todo lo que estaba en su mano para mejorar en lo posible la regulación en vigor. Ahora es el turno del Gobierno*».⁶³⁰

2.3.Comunicación sobre los supuestos a los que resulta de aplicación el formulario abreviado previsto en el artículo 56 de la LDC, de 28 de setiembre de 2011

La Autoridad española de Competencia aprobó una Comunicación sobre los supuestos en los que una concentración económica es susceptible de ser notificada a la CNC a través del

⁶²⁹ Discurso de clausura del presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con motivo de las VII Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia. Valencia, 11 de abril de 2014. Disponible en http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/actividad_institucional/140411%20Clausura%20de%20las%207%20jornadas%20Def%20Comp%20Valencia-rac3.pdf. [En línea]

⁶³⁰ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R.: “*La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticoncurrenciales...* Óp. Cit. Pág. 42

formulario abreviado de notificación⁶³¹. Dicha comunicación servirá de guía de actuación de la CNMC –como sirvió a la CNC- en la determinación de si una concentración es susceptible de ser notificada a través del formulario abreviado regulado en el Anexo III del Reglamento de Defensa de la competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

La Comunicación sobre supuestos de formulario abreviado desarrolla los elementos que debe tener en cuenta el notificante de una concentración para determinar si la misma es susceptible de ser notificada a través del formulario ordinario o abreviado, así como ciertos supuestos de concentraciones económicas no recogidos expresamente en la LDC, que, a través de la práctica de la CNC, se han considerado como susceptibles de ser notificadas a través del formulario abreviado u ordinario.

Junto a ello, la CNC también aclara ciertos aspectos procedimentales, en relación con la solicitud del formulario ordinario de notificación, y recogió la política habitual de la CNC de no suspender el plazo de resolución en aquellas concentraciones que hayan sido notificadas a través del formulario abreviado de notificación⁶³².

El artículo 56 de la LDC⁶³³ introdujo por primera vez en España la posibilidad de que las empresas obligadas a presentar una notificación, pudieran efectuar la notificación a través

⁶³¹ La comunicación fue aprobada tras someter a consulta pública el anteproyecto de dicha comunicación. En Nota de prensa de 22 de junio de 2011, la CNC somete a consulta pública el proyecto de comunicación sobre procedimiento abreviado de notificación de concentraciones. Se da un plazo para remitirse comentarios al Proyecto de Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Procedimiento Abreviado de notificación de concentraciones

⁶³² Nota de prensa de la CNC. viernes, 30 de septiembre de 2011. *La CNC aprueba dos comunicaciones sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores y sobre los supuestos de formulario abreviado en concentraciones.*

⁶³³ **Artículo 56. Formulario abreviado de notificación.**

1. Se podrá presentar un formulario abreviado de notificación, que será establecido reglamentariamente, para su uso, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) Cuando no exista solapamiento horizontal o vertical entre las partes de la operación porque ninguna de ellas realice actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia o en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización.

b) Cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente.

c) Cuando una parte adquiera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de empresa sobre la cual tiene ya el control conjunto.

de un formulario abreviado en aquellos casos en los que *a priori* y sin necesidad de analizar el caso específico, no es previsible la existencia de problemas de competencia⁶³⁴. El desarrollo del modelo de formulario y de los distintos supuestos en los que éste podía ser utilizado por las notificantes, se produjo con la entrada en vigor del Reglamento de Defensa de la competencia, a través de su artículo 57⁶³⁵ y en su Anexo III, desarrolla los supuestos de aplicación del formulario abreviado el modelo de dicho formulario, respectivamente⁶³⁶.

d) Cuando, tratándose de una empresa en participación, ésta no ejerza ni haya previsto ejercer actividades dentro del territorio español o cuando dichas actividades sean marginales.

2. La Comisión Nacional de la Competencia podrá exigir la presentación del formulario ordinario de notificación cuando, aun cumpliéndose las condiciones para utilizar el formulario abreviado, determine que es necesario para una investigación adecuada de los posibles problemas de competencia. En este caso, el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento empezará a computar de nuevo desde la fecha de presentación del formulario ordinario.

⁶³⁴ Párrafo número 1 de la Comunicación.

⁶³⁵ **Artículo 57. Formulario abreviado de notificación.**

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el formulario abreviado de notificación se utilizará con el fin de notificar concentraciones cuando se cumpla, entre otros, uno de los siguientes supuestos:

a) Cuando ninguna de las partícipes en la concentración realice actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia o en mercados relacionados ascendente o descendientemente dentro del proceso de producción y comercialización en los que opere cualquiera otra de las partícipes en la operación.

b) Cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia. Se considerará que existe una participación de menor importancia cuando en una concentración de las definidas en el artículo 8 de la Ley 15/2007, de 3 de julio:

1.º Las partícipes en la concentración no alcancen una cuota conjunta superior al 15 por ciento en el mismo mercado de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo, o en el caso de alcanzar una cuota conjunta superior al 15 por ciento e inferior al 30 por ciento, sea con una adición de cuota no superior al 2 por ciento, y

2.º las partícipes en la concentración no alcancen una cuota individual o conjunta del 25% en un mercado de producto verticalmente relacionado con un mercado de producto en el que opere cualquier otra parte de la concentración en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

c) Cuando una parte adquiera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de empresa sobre las cuales ya tiene el control conjunto.

d) Cuando tratándose de una empresa en participación, ésta no ejerza ni haya previsto ejercer actividades dentro del territorio español o cuando dichas actividades sean marginales. Se considerará que las actividades de una empresa en participación son marginales en España cuando su volumen de negocios no supere o previsiblemente no vaya a superar los 6 millones de euros.

2. La Dirección de Investigación es la competente para requerir del notificante la presentación de un formulario ordinario de acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) En aquellos casos en los que es difícil definir los mercados de referencia, los casos en que una parte sea un nuevo operador o un operador en potencia o un titular de una patente importante;

b) en los casos en los que no sea posible determinar adecuadamente las cuotas de mercado de las partes;

c) en los mercados con altas barreras a la entrada, con un alto grado de concentración o con problemas conocidos de competencia;

d) cuando al menos dos de las partes de la concentración estén presentes en mercados adyacentes estrechamente relacionados;

La Comunicación sobre el procedimiento abreviado de concentraciones de la anterior CNC es de aplicación a los procedimientos de control de concentraciones que reúnen los requisitos previstos en el artículo 56 de la LDC y el 57 del RDC mencionados.

Novedades de la Comunicación:

- 1) en los expedientes de control de concentraciones iniciados mediante notificación de formulario abreviado, en principio no es previsible que se hagan requerimientos de subsanación o de información conforme a lo previsto en los artículos 55.4 y 55.5 LDC respectivamente
- 2) los supuestos desarrollados en la LDC y el RDC para la presentación del formulario abreviado no son tasados y que, dependiendo de las características de la concentración, ésta puede ser susceptible de ser tramitada a través del formulario abreviado⁶³⁷
- 3) la CNC entiende que el análisis de cualquier operación de concentración que requiera el informe del regulador sectorial no reúne los requisitos expresados en el párrafo 19 de la Comunicación⁶³⁸ para ser notificada mediante formulario abreviado, incluso aunque satisfaga las previsiones de los artículos 56 de la LDC y 57 del RDC así como tampoco aquellas concentraciones en las que la notificante solicita el levantamiento de la suspensión de ejecución previsto en el artículo 9.6 de

f) cuando una parte adquiera el control exclusivo de una empresa en participación de la que ya tenga el control conjunto, cuando la parte que adquiere y la empresa en participación tengan conjuntamente una posición de mercado fuerte o cuando la empresa en participación y la parte que adquiere tengan posiciones fuertes en mercados verticalmente relacionados;

g) cuando el formulario abreviado contiene información incorrecta o engañosa.

⁶³⁶ Párrafo número 2 de la Comunicación

⁶³⁷ (16) Por ello, la práctica de la CNC en este sentido ha permitido considerar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del formulario abreviado a otros supuestos que son acordes con la finalidad del formulario abreviado, que no es otra que la de reducir los costes de preparar un formulario ordinario y, por tanto, favorecer la reducción del plazo de resolución en concentraciones cuya afectación en los mercados es muy limitada.

⁶³⁸ (19) Como ya se ha expuesto, el principal motivo que justifica el uso del formulario abreviado es que el análisis a desarrollar sobre la concentración permita a la CNC eximir a las partes de ciertas obligaciones de suministro de información. Esto sucede, por regla general, en los supuestos que reúnen los requisitos desarrollados en los artículos 56 de la LDC y 57 del RDC

la LDC, sean susceptibles de presentarse a través del formulario abreviado⁶³⁹, de la misma manera La práctica de la CNC permite apreciar otros supuestos en los que sería susceptible de solicitarse el formulario ordinario, como es el caso de la existencia de restricciones a la competencia en los contratos que dan lugar a la operación de concentración que requieran un análisis en profundidad para determinar su carácter accesorio o no.

4) La solicitud del formulario ordinario se realiza mediante acuerdo motivado de la

Dirección de Competencia, en el que se determinan las razones por las que una concentración que, en principio, reúne los requisitos de tramitación a través del formulario abreviado, debe ser tramitada a través del formulario ordinario de notificación, al que se acompaña el modelo de tasa complementaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60.4 del RDC (la actualización es nuestra)

2.3.1. Resoluciones de la Autoridad de Competencia tras la aprobación de la Comunicación sobre supuestos de formulario abreviado.

Por citar algunas, hemos de mencionar la Resolución de la CNC de 27 de diciembre de 2012, en base al informe en el Expte. C/0487/12, Resolución de la CNC de 14 de febrero de 2012, en base al informe en el Expte. C/0425/12, Resolución de la CNC de 12 de diciembre de 2012, en base al informe en el Expte. C/0484/12, Resolución de la CNC de 20 de noviembre de 2012, en base al informe en el Expte. C/0475/12; Resolución de la CNMC de 19 de diciembre de 2013, en base al informe en el Expte. C/0541/13.

2.4.Comunicación sobre el programa de clemencia, del 19 de junio de 2013

La Comisión Europea introdujo por primera vez mediante la Comunicación de 18 de julio de 1996 un sistema que preveía la exención o la reducción en el pago de las multas a las empresas que, formando parte de un cártel, colaborara con las autoridades de la

⁶³⁹ (28) Al igual que la práctica ha permitido a la CNC ampliar el número de supuestos en los que puede ser de aplicación el formulario abreviado y desarrollar una tramitación de estos expedientes de control de concentraciones cada vez más ágil, y la existencia de supuestos que requieren un análisis más detallado de la operación de concentración, justifica que determinadas notificaciones, aun reuniendo los requisitos de los artículos 56 de la LDC y 57 del RDC, no puedan ser tramitadas a través del formulario abreviado de notificación

competencia para la persecución del mismo. Estas Comunicaciones europeas han supuesto la incorporación al Derecho europeo de los programas, habituales en Derecho anglosajón, de «*leniency*», traducidos al español como programas de clemencia⁶⁴⁰.

Teniendo en cuenta el evidente paralelismo entre el sistema europeo y el español de defensa de la competencia y el éxito del programa de clemencia en la persecución de los cárteles por la Comisión Europea a pesar de la falta de tradición de un sistema de estas características en la Europa continental; la propuesta en el debate abierto como consecuencia de la publicación del Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia⁶⁴¹, merecieron favorables comentarios con respecto a este tema.

El programa de clemencia supone, para las empresas que forman parte de un cártel una suerte de vía de salida, ya que, si cumplen determinados requisitos, podrán beneficiarse de la exención o reducción en el pago de la multa que les habría correspondido por su participación en el acuerdo prohibido. La clemencia puede beneficiar a aquellas empresas que aporten elementos de prueba que posibiliten a la CNMC la detección del cártel, siempre que no hayan sido las instigadoras del mismo y pongan fin a su participación en la conducta prohibida⁶⁴².

La complejidad de la aprobación de este programa hizo necesario que no entrara en vigor hasta la aprobación del Reglamento de Defensa de la Competencia, que establece en la

⁶⁴⁰ BERENGUER FUSTER, L.: *“Los procedimientos en materia de Defensa de la Competencia... Óp. Cit.* Pág. 284

⁶⁴¹ MINISTERIO DE ECONOMÍA y HACIENDA. Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia. 20 de enero de 2005. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx?pag=2>

⁶⁴² La CMNC advierte que «*es muy importante para las empresas, en el programa de clemencia, la diligencia a la hora de presentar sus solicitudes de clemencia, puesto que la exención en el pago de la multa se concede sólo a la primera empresa. A las que se acojan en segundo lugar y sucesivos disfrutarán de reducciones cada vez menores de la multa*» y para ello dispone en su página web información sobre: la Comunicación sobre el programa de clemencia, la solicitud del programa de clemencia a través de la sede electrónica junto con un díptico informativo. Disponible en www.cncm.es.

Sección 7ª del Capítulo II del Título II (artículos 46 a 53) un detallado procedimiento para llevarlo a cabo⁶⁴³, como veremos más adelante.

Indudablemente la aplicación de este programa, a pesar de sus previsibles efectos positivos para la persecución de los cárteles, plantea un problema importante: la colaboración de quien cumple los requisitos establecidos en la LDC tiene efectos administrativos en el expediente sancionador pero en ningún caso efectos civiles, por lo que quien facilite los elementos de prueba de su participación en un cártel puede ser condenado, en vía civil, a pagar la indemnización de perjuicios ocasionados a terceros, cuestión que limita que un buen número de empresas se acoja a estos programas de clemencia⁶⁴⁴.

La extinta CNC, en sus inicios, dictó unas indicaciones provisionales para la tramitación de las solicitudes de exención y de reducción del importe de la multa, en cuyo anexo se encontraba un formulario para acompañar la solicitud del Programa de Clemencia⁶⁴⁵. Estas Indicaciones provisionales se elaboraron en previsión de la próxima entrada en vigor del Programa de Clemencia previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y se publicaron de manera transitoria y provisional hasta que fueran sustituidas por otras indicaciones o, en su caso, por una Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia.

Exactamente un año antes de la fecha de redacción de estas líneas y tras un largo debate interno que culminó con una consulta pública, fue aprobada por la extinta CNC, la Comunicación sobre el Programa de Clemencia. El objetivo de esta Comunicación es contribuir a mejorar la transparencia y la previsibilidad de la actuación de la Autoridad de Competencia en los procedimientos sancionadores donde se presenten solicitudes de exención del pago de la multa y/o de reducción de su importe (solicitudes de clemencia).

⁶⁴³ BERENGUER FUSTER, L.: “*Los procedimientos en materia de Defensa de la Competencia...*” *Óp. Cit.* Pág. 285

⁶⁴⁴ *Ídem*

⁶⁴⁵ Se ha convertido en costumbre traducir al español como «clemencia» el término con el que se denominan habitualmente estos programas en inglés: «*leniency*»

Cinco años después de la puesta en marcha del Programa de Clemencia⁶⁴⁶ mediante el Reglamento de Defensa de la Competencia, la Comunicación recoge la experiencia acumulada de la CNC en la aplicación efectiva del Programa⁶⁴⁷, así como las novedades introducidas en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia de la UE.

El 18 de junio de 2013 tuvo lugar la 13ª reunión del Consejo de Defensa de la Competencia, convocada con carácter extraordinario con la finalidad de presentar y debatir el Proyecto de Comunicación sobre el Programa de Clemencia contenido en la LDC que desde 2008 ha venido aplicando la CNC.

La Comunicación⁶⁴⁸ toma en cuenta la experiencia acumulada desde la entrada en vigor del Programa de Clemencia en España⁶⁴⁹. En todo caso, los requisitos, condiciones y conceptos

⁶⁴⁶ Decía la anterior Directora de Investigación de la extinta CNC, CLARA GUZMAN: «*es un hecho público que el primer día de la entrada en vigor del Programa de Clemencia en España se presentaron seis solicitudes de clemencia, así como que posteriormente se han seguido presentando solicitudes de exención del pago de la multa y/o de reducción del importe de ésta, que han puesto en conocimiento de la CNC la existencia de cárteles hasta ese momento no detectados por la autoridad de competencia o han aportado pruebas con un valor añadido significativo respecto de dichos cárteles, en la mayoría de los supuestos en este último caso, tras la realización de inspecciones por la CNC*». Véase GUZMAN ZAPATER, C.: “*Primeras experiencias en la aplicación del Programa de Clemencia en España*”. Jornada Anual de la AEDC. Madrid, 2010

⁶⁴⁷ Numerosas resoluciones entre las que podemos citar: Resolución de la CNC de 21 de enero de 2110. Expte. S/0084/08 Fabricantes de gel. Resoluciones de la CNC de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/10, Licitaciones Carreteras; de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09, Asfaltos; de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09, Hormigón y productos relacionados y de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0297/10, Postensado y Geotecnia; de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/11 Asfaltos Cantabria y de 25 de marzo de 2013, Expte. S/0316/10 Sobres de papel. Resoluciones del Consejo de la CNC de 10 de noviembre de 2011, Expte. S/0241/10 Navieras Ceuta-2 y de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10 Navieras Baleares. Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, Expte. S/0342/11 Espuma de poliuretano. Resoluciones de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08. Peluquería Profesional y de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09 Bombas de fluidos y de 19 de enero de 2012, Expte. S/0280/10 (Suzuki-Honda).

⁶⁴⁸ Párrafo número 5.

⁶⁴⁹ El primer día de entrada en vigor del programa de clemencia, Henkel presentó ante la CNC una solicitud de exención en relación con un supuesto cartel que afectaba al mercado de geles de baño y ducha. Su competidor Sara Lee también presentó una solicitud de exención, que hubo de reconducir a una reducción del importe de la multa al haber llegado más tarde al registro de la CNC. La Resolución exoneró a Henkel del pago de la multa que le hubiera correspondido (4,3 millones de euros) y redujo la de Sara Lee en un 40% (fijando la multa final en 3,7 millones en lugar de 6,2 millones de euros). La CNC concedió la reducción a Sara Lee a pesar de que el valor probatorio de su solicitud era «equivalente» al aportado por Henkel (vid. F.D. Duodécimo). La razón es que, según la CNC, los elementos de prueba aportados por Sara Lee tenían un valor añadido significativo al haber «contribuido en buena medida a corroborar las declaraciones de Henkel». (ii) «Peluquería Profesional» Henkel solicitó la exención, en este caso respecto a un acuerdo de intercambio de

contenidos y explicados en esta Comunicación deben ser entendidos siguiendo la evolución de la práctica de la CNC y la jurisprudencia nacional⁶⁵⁰, así como a la luz de la práctica y jurisprudencia de la Unión Europea⁶⁵¹.

Según palabras del primer Presidente de la extinta CNC: a pesar de la falta de tradición de un sistema de estas características en la Europa Continental, y más particularmente en los países del Sur, que provocaron ciertas reticencias en el plano intelectual, el éxito del programa en la persecución de los cárteles por la Comisión Europea ha disipado muchas de las reticencias para su introducción en España, y buena prueba de ello fueron los

información entre competidores en el mercado de la peluquería profesional. También hubo un solicitante de reducción del importe de la multa (Wella) pero, a diferencia de la Resolución «Fabricantes de Gel», la solicitud se presentó cuando la instrucción del procedimiento estaba muy avanzada. La Resolución destaca por dos motivos: la aplicación de la clemencia a un intercambio de información (y no a un cártel) 11 y la retirada final a Wella de la reducción del importe de la multa en contra de la propuesta de la Dirección de Investigación. (iii) «*Bombas de Fluido*» El Grupo Industrial Ercole Marelli y su matriz, UTC solicitaron una exención respecto a unos acuerdos entre competidores en el mercado de bombas industriales de fluido y equipos industriales contra incendios. La CNC concedió la exención al solicitante en relación con dos conductas infractoras, si bien sin pronunciarse con claridad sobre si la segunda constituía o no un cártel: «El que la calificación dada a los hechos relacionados con la segunda conducta por el Consejo pueda diferir de la propuesta por la DI en cuanto a su consideración como cartel, no debe llevar en este caso a penalizar al clemente. La empresa ha obrado en todo momento de buena fe aportando información también en relación a esta segunda conducta» (vid. F.D. Décimo). (iv) «*Transitarios*» ABX Logistics presentó una solicitud de exención relativa a un supuesto cártel sobre servicios logísticos y aduaneros, produciéndose con posterioridad dos solicitudes de reducción de sanción. La primera de estas solicitudes de reducción se desestimó por razón del carácter genérico y vago de la información aportada por la empresa interesada. (v) «*Vinos Finos de Jerez*» Complejo Bodeguero Bellavista y otra bodega de su grupo solicitaron exención en relación con un supuesto cártel que afectaba a la limitación de oferta de vino, el reparto de cupos de producción, la fijación de un precio mínimo y la creación de mecanismos de compensación entre productores. Las Bodegas González-Byass solicitaron una reducción de la sanción dos días después de las inspecciones domiciliarias realizadas por la CNC, si bien no se concedió por apreciarse falta de cooperación y de valor añadido significativo de la información aportada. Véase GUTIERREZ HERNANDEZ, A. Y GUERRA FERNANDEZ, A.: «*Primeras experiencias en la aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia*». Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada. 2011.

⁶⁵⁰ Sentencias de la Audiencia Nacional de 25 y 26 de octubre y 15 y 28 de noviembre de 2012 y 4, 22, 24 y 31 de enero y 26 de febrero de 2013, en el ámbito del Expte. S/0226/10 Licitaciones Carreteras o las de 1, 4, 5 y 25 de febrero de 2013, en relación con el Expte. S/0185/09 Bombas de fluidos. Sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012 y 5 de febrero de 2013.

⁶⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C 49/92 P, Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de junio de 2011, Solvay/Comisión, T-186/06. Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2007, asuntos acumulados C-403/04 P y C-405/04 P. sentencia de 12 de julio de 2011, T-112/07 Hitachi y otros/Comisión [2011] OJ C 252/30, apartado 68; sentencia de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T 67/00, T 68/00, T 71/00 y T 78/00. Asuntos acumulados T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00 y sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T 120/04, Rec. p. II 4441, de 11 de julio de 2011 en los asuntos T-133/07, Mitsubishi Electric Corp./Comisión y T-132/07, Fuji Electric Co. Ltd./Comisión y de 25 de octubre de 2011, T-348/08 Aragonesas Industrias y Energía, SAU/Comisión [2011] OJ C 355/15.

comentarios favorables que merecieron la propuesta en el debate abierto como consecuencia de la publicación del Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia en 2006. El sistema español de la Ley 2007 tiene evidente paralelismo con el comunitario⁶⁵².

Los artículos 65⁶⁵³ y 66⁶⁵⁴ de la Ley de Defensa de la Competencia, desarrollados en los artículos 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el

⁶⁵² BERENGUER FUSTER, L.: *“Los procedimientos en materia de Defensa de la Competencia”*. La nueva Legislación Española ante la evolución del Derecho de la Competencia. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2010.

⁶⁵³ Artículo 65. Exención del pago de la multa.

1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:

a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o

b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a).

2. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.

b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.

c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.

d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

3. La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.

⁶⁵⁴ Artículo 66. Reducción del importe de la multa.

1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y

b) cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior.

2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:

a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.

Reglamento de Defensa de la Competencia, permiten a la Autoridad de Competencia a proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en conocimiento de la CNMC la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en éste, aportando las pruebas sustantivas que tenga a su disposición o que pueda recabar a través de una investigación interna, siempre y cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en la LDC y en su normativa de desarrollo.

Aunque la LDC contempla los requisitos para acogerse a la Clemencia, su efectiva aplicación se demoró, en virtud de lo previsto en la disposición final tercera, hasta la entrada en vigor del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que dedica la Sección 7.^a de su Capítulo II a completar las previsiones de la LDC mediante el desarrollo de diversos aspectos relacionados con el contenido de las solicitudes de Clemencia y el procedimiento aplicable para su tramitación⁶⁵⁵.

El Programa de Clemencia⁶⁵⁶ establecido en la LDC se inspira en el modelo comunitario contenido en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Comunicación de Clemencia de

b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.
c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa.

3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tenida en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física.

4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.

⁶⁵⁵ GUTIERREZ HERNANDEZ, A. Y GUERRA FERNANDEZ, A.: “*Primeras experiencias en la aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada. 2011. Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3201/documento/art17.pdf?id=3366>. [En línea]

⁶⁵⁶ Con el término Clemencia se hace referencia conjuntamente a los supuestos y beneficios de exención del pago de la multa y reducción del importe de la multa contemplados en el artículo 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, respectivamente.

la Comisión Europea⁶⁵⁷), así como en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia, Modelo de Programa que ha sido modificado en noviembre de 2012, resultando oportuno reflejar esta actualización en la presente Comunicación⁶⁵⁸.

El Programa de Clemencia⁶⁵⁹ tiene por objeto facilitar la detección de cárteles o avanzar en la investigación de aquéllos ya detectados, apoyando la actividad investigadora de la Autoridad de Competencia y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigados. Por tanto, sólo las empresas o las personas físicas que colaboren voluntariamente con la Autoridad de Competencia contribuyendo de manera determinante al esclarecimiento de los hechos y a desencadenar o avanzar en la investigación relativa a un cártel pueden beneficiarse del Programa de Clemencia. Con la aplicación y difusión del Programa se potencia la eficacia del mismo para detectar y desarticular cárteles y, en última instancia, para disuadir de la comisión de este tipo de prácticas⁶⁶⁰.

2.4.2. A modo de conclusión acerca del alcance de la comunicación sobre clemencia

En cuanto a los efectos y el alcance de la Comunicación, al año de ser publicada, podemos concluir que ella ha venido a completar el procedimiento del Programa de Clemencia, contribuyendo a la transparencia y seguridad jurídica en la aplicación de una herramienta eficaz en la lucha contra los cárteles.

El gran valor de los Programas de Clemencia radica en el efecto desestabilizador que introduce en la propia dinámica de funcionamiento del cártel. Si bien es cierto que la iniciación del Programa de Clemencia viene frecuentemente precedido por actividades de

⁶⁵⁷ Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. Publicada en el DOUE C 298/17, de 8 de diciembre de 2006.

⁶⁵⁸ Párrafos 3 y 4 de la Comunicación.

⁶⁵⁹ El trabajo denominado “*50 años de lucha contra los cárteles en España y perspectivas de futuro*”, nos provee de datos en cuanto a la noción de cártel y a la utilización del Programa de Clemencia. Véase MAILLO GONZALEZ-ORÚS, J. y MILLA MARÍN, P.: “*50 años de lucha contra los cárteles en España y perspectivas de futuro*”. Call for papers: “Medio siglo de aplicación de las normas de competencia en España”. 14 de junio de 2013.

⁶⁶⁰ Párrafos 6 y 7 de la Comunicación.

investigación sectorial que levantan sospechas e inquietudes en el sector, no es menos cierto que, la clemencia bien diseñada, introduce por sí sola un nivel de incertidumbre e inseguridad en el interior del cartel tal que precipita la autoinculpación de los infractores para obtener una exención o reducción de la multa⁶⁶¹.

Por otro lado, los elementos de prueba recabados en estos programas permiten dirigir más acertadamente las investigaciones, facilitando la obtención de nuevos documentos y testimonios que permitan fundar sólidamente las resoluciones sancionadoras. Esto, a su vez, redundará en una mayor eficiencia de las investigaciones y en la obtención de resoluciones más difícilmente revocables ante los órganos jurisdiccionales. El Programa de Clemencia, por tanto, se erige como una de las principales claves del éxito -junto con una sólida actividad investigadora y de prevención- en la lucha contra los cárteles de la Autoridad de Defensa de la Competencia⁶⁶².

3. La promoción de la competencia y el Derecho suave

Junto con la actividad puramente inquisitiva –*enforcement*-, de fiscalización y sanción, las Autoridades de Competencia tienen en sus manos la capacidad de mejorar, en una fase previa al *enforcement*, las condiciones estructurales de los mercados y la dinámica competitiva de sus agentes y esto se consigue gracias a los esfuerzos en materia de Promoción de la Competencia; labor que permite a las Autoridades de Defensa de la Competencia actuar como medio para que las condiciones de partida sean más eficientes y los operadores se encuentren más informados⁶⁶³.

⁶⁶¹ MAILLO GONZALEZ-ORÚS, J. y MILLA MARÍN, P.: “50 años de lucha contra los cárteles en España y perspectivas de futuro... *Óp. Cit.* 12

⁶⁶² *Ídem.*

⁶⁶³ MASÍA, J. y JIMENEZ-LAIGLESIA OÑATE, J. M.: “Promoción de la Competencia”, en VVAA “*Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*”. GUILLEN CARAMÉS, J (Director). Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011 y véase especialmente el trabajo: de GUILLEN CARAMÉS, J.: “Transparencia y acceso a la información pública en el Derecho de la Competencia”, en VVAA *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*. VALERO, J. y FERNANDEZ, M. (Coordinadores). Ed. Aranzadi. Madrid, 2014

La Promoción de la Competencia se conoce también con el término anglosajón “*advocacy*” y para su estudio resultan relevantes las tareas realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) quien ha puesto de manifiesto que: «*el mandato de las Autoridades de Competencia va más allá de la pura ejecución de las leyes de competencia, debe asumirse el rol de Promoción de Competencia actuando proactivamente para establecer políticas de Estado que minoren las barreras de entrada, promuevan la desregulación y el comercio libre, así como minimicen la intervención innecesaria del Estado en los Mercados*»⁶⁶⁴.

De la misma manera, la *International Competition Network*⁶⁶⁵ y en especial del *Advocacy Working Group* en su informe de 2002, “*Advocacy and Competition Policy*”⁶⁶⁶, brinda un concepto bastante acabado de lo que es la Promoción de la Competencia: «*competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition*».

Son los instrumentos utilizados en la tarea de la Promoción de la Autoridad de Defensa de la Competencia en España –a través de estos “*non-enforcement mechanisms o mecanismos no coactivos*”- los que nos interesa analizar ahora como fuente importante de Derecho suave. Del abanico de herramientas y medios para desarrollar la labor de Promoción de la Competencia: *estudios de mercado, opiniones, recomendaciones, grupos de trabajo, reuniones con grupos de interés, seminarios públicos, cooperación con otras autoridades regulatorias, consultas, conferencias, entre otros*, veremos cuáles ingresan de ellos ingresan a la categoría de Derecho suave y cuáles no.

⁶⁶⁴ Véase. MASÍA, J. y JIMENEZ-LAIGLESIA OÑATE, J. M.: “*Promoción de la Competencia*” y OCDE “*Competition Advocacy: Challenge for Developing countries*”. Segundo Foro Latinoamericano de Competencia. París, junio 2004

⁶⁶⁵ www.internationalcompetitionnetwork.org

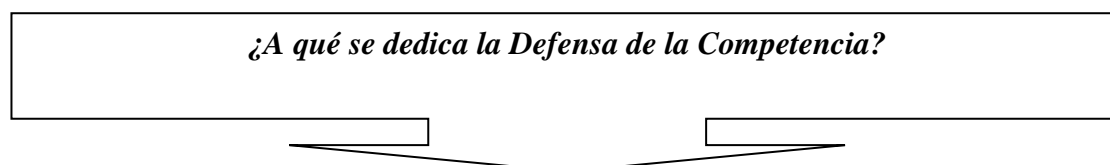
⁶⁶⁶ Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf>. [En línea]

En cuanto a la promoción de la competencia, la Ley 15/2007, supone el impulso definitivo a esta política y su institucionalización con la creación de una Dirección específica y la asunción de competencias tasadas en este ámbito.

Con la CNC, era la Dirección de Promoción la que se dedica al fomento de un entorno competitivo en los distintos sectores económicos de España, realizando informes sobre propuestas normativas, informes y estudios de sectores económicos, guías y recomendaciones. Además, se reconoce en la Ley 15/2007 una facultad novedosa y en la que España ha sido pionera en su nuestro entorno jurídico como es el reconocimiento de la legitimación de la CNC para impugnar ante los tribunales determinados actos y normas de las Administraciones Públicas que introducen restricciones a la competencia (otros países, como Italia, han incorporado recientemente esta facultad a su ordenamiento).

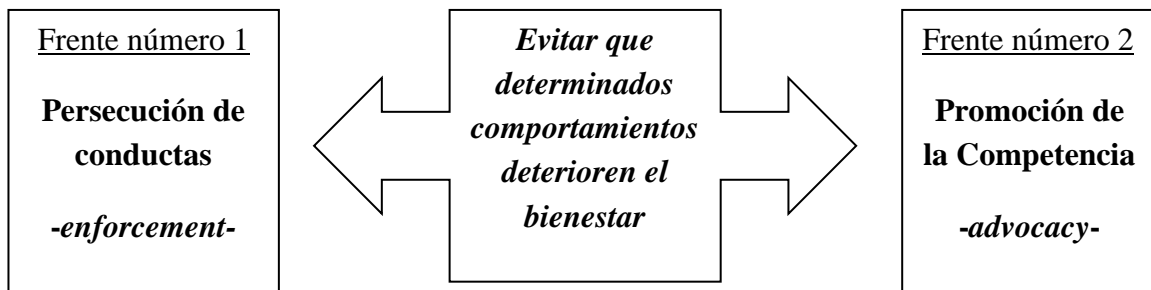
Esta labor promocional se desarrolla mediante trabajos de divulgación, promoción, formación y análisis. Así como a través de recomendaciones de mejora de la normativa y el fomento de una actuación favorecedora de la competencia por parte de las Administraciones públicas. Entre los instrumentos utilizados por la promoción de la competencia destacan los informes sobre propuestas normativas, la legitimación para impugnar actuaciones anticompetitivas, los informes y estudios de sectores económicos y las guías y recomendaciones⁶⁶⁷.

Es necesario entender la relevancia que tiene para la labor de Promoción para el eficaz cumplimiento de la política de Defensa de la Competencia. El siguiente diagrama ofrece bastante claridad en cuanto a la dimensión de esta tarea⁶⁶⁸.



⁶⁶⁷ Sobre promoción. Página de la CNMC. Consultar en www.cnmc.es

⁶⁶⁸ Fuente: Ponencia de Paloma Ávila de Grado, anterior Directora de Promoción de la Competencia de la extinta CNC. Tema: “*El Derecho de la Competencia y las Administraciones Públicas*”. Jornadas de Derecho de la Competencia en el ámbito de las Administraciones Públicas en Extremadura. Mérida, 20 de octubre de 2010.



«Para hacer prevalecer la Competencia, las Autoridades de Competencia deben tener éxito en los dos frentes -persecución de conductas y Promoción de la competencia-. Perder en uno supone perder la guerra⁶⁶⁹»

El gráfico intenta demostrar el hecho de que tanto la Promoción de la competencia como su Defensa constituyen dos dimensiones inseparables de la moderna regulación en materia de Defensa de la Competencia.

El Consejo de la CNMC es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de Promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar⁶⁷⁰ y es el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el órgano de decisión en relación con las funciones de Promoción de la competencia⁶⁷¹.

Se ha decidido dar a partir de la ley 15/2007 y ahora con la ley 3/2013 un fuerte refuerzo institucional a la labor de Promoción de la Competencia. Con la CNC, era la Dirección de Promoción la que se dedica al fomento de un entorno competitivo en los distintos sectores

⁶⁶⁹ TIMOTHY MURIS, antiguo Presidente de la Autoridad estadounidense, *Federal Trade Commission* [«For competition to prevail, competition agencies must succeed on both fronts. Lose one and we lose the war»]. Véase trabajos de DAMTOFT, R.: “When Firms Ask the State to Squelch Competition: The Role of Advocacy”. Santiago, Chile October 29, 2004, PENDER, D.: “Competition Advocacy”. The 2nd APEC Training Course on Competition Policy Bangkok, Thailand August, 2006 y más recientemente OHLHAUSEN, M. “Nurturing Competition Regimes: Evaluation and Evolution”. China Competition Policy Forum. July, 2013. Documentos en línea.

⁶⁷⁰ Artículo 14 de la Ley 3/2013

⁶⁷¹ Artículo 20 de la Ley 3/2013

económicos de España, realizando informes sobre propuestas normativas, informes y estudios de sectores económicos, guías y recomendaciones.

El artículo 30 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC⁶⁷², dispone: *«el Departamento de Promoción de la Competencia, dependerá directamente del Presidente. Se encargará de coordinar las propuestas que se hayan de elevar al Consejo en materia de Promoción de la Competencia, informes sectoriales que incluyan propuestas de modificación del marco regulatorio, ayudas públicas, así como los informes sobre proyectos normativos. El Departamento de Promoción se estructura en las siguientes subdirecciones: a) Subdirección de estudios e informes; b) Subdirección de ayudas públicas e informes de proyectos normativos; c) Subdirección de análisis económico».*

Podemos en definitiva definir a la Promoción de la Competencia como el conjunto de actividades orientadas al fomento de un entorno competitivo para las actividades económicas por medio de mecanismos no coactivos⁶⁷³, que permiten mejorar el conocimiento de los efectos de la Competencia y valorar el impacto negativo de ciertas medidas.

3.1. Instrumentos de Promoción de la competencia que ingresan en la categoría de Derecho suave.

Muchos de los instrumentos de Promoción de la competencia, encajan en las características del Derecho suave, sin embargo, sólo las guías y recomendaciones cumplen con los parámetros para ingresar a la categoría, puesto que todos los instrumentos considerados como *preparatorios o informativos estrictamente hablando no pueden ser calificados como Derecho suave por no establecer una regla de conducta concreta*, con lo cual quedan fuera

⁶⁷² De igual manera, el artículo 22 del Reglamento de Funcionamiento interno de la CNMC

⁶⁷³ ÁVILA DE GRADO, P.: “*El Derecho de la Competencia y las Administraciones Públicas*”. Jornadas de Derecho de la Competencia en el ámbito de las Administraciones Públicas en Extremadura. Mérida, 20 de octubre de 2010. Disponible en <http://juradocompetenciaextremadura.gobex.es/jornadasyponencias/ponenciapalomaavila.pdf>. [En línea]

de nuestra investigación los *informes, estudios y documentos de trabajos* elaborados por la Dirección de Promoción⁶⁷⁴.

No obstante, como se ha venido advirtiendo, sí pueden tener categorías de antecedentes históricos e interpretativo y servir de criterios de interpretación. Con lo cual, es posible que de una u otra forma se incorporen a la futura regla indicativa de conducta, constituyendo un elemento que con toda claridad habrá que tener en cuenta también en la formulación definitiva de la correspondiente resolución judicial y administrativa.

3.1.1. Recomendaciones y Guías

Analizaremos a continuación dos grupos muy importantes en la labor de Promoción de la Competencia. Los hemos agrupado dentro de la misma categoría según la función que desempeñan como instrumentos de Derecho suave; la función de ser complemento de la normativa de Defensa de la competencia.

Las Recomendaciones y Guías tienen un propósito divulgativo, promocional y formativo, acercando y aclarando aspectos concretos de la Defensa de la Competencia a los protagonistas: las Administraciones públicas, operadores económicos como las empresas y los consumidores finales.

Una de las grandes novedades que incorpora la Ley 15/2007 es la de encomendar a la Autoridad de Defensa de la Competencia, no sólo la aplicación de la ley protegiendo y garantizando el funcionamiento competitivo de los mercados, sino la de *promover la existencia de una competencia efectiva en todos los sectores productivos y en todo el territorio nacional*.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ Cfr. Punto 3.2

⁶⁷⁵ Exposición de motivos de la ley 3/2013, «se procede a la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuyo objeto es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento del mercado, así como la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios» y en su artículo primero, dispone: **«Artículo 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.**

1. Se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como organismo público de los previstos en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La atribución directa de las funciones de promoción no aparecía en la anterior LDC que simplemente recogía como fin general el de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos. La ley anterior simplemente recogía como fin general el “*preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos*”. Se trata por tanto de una función de gran transcendencia y no del todo novedosa, puesto que se retoma con intensidad y absoluta independencia la tradición iniciada a principios de los años noventa y luego limitada como consecuencia de un desafortunado cambio normativo⁶⁷⁶.

La Ley 3/2013 recoge en el artículo 5.1.h) la función de elaboración de estudios sectoriales e informes de cuya coordinación se encargará la Dirección de Promoción de acuerdo con el artículo 30 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto. Los estudios, realizados bajo diferentes formatos (estudios, informes o guías) son publicados por la CNMC previa aprobación del Consejo. Los estudios e informes tratan de identificar los problemas de funcionamiento de un determinado sector y proponen recomendaciones de cambio normativo y comportamiento de los agentes. En ocasiones, *los estudios adoptan la forma de guías, cuyo carácter es más orientativo de la actuación de los agentes del sector*, tratando de favorecer que ésta sea lo más respetuosa posible con la libre competencia. Para ello, al ir dirigidas a los operadores y tener una función, muchas veces, educativa, las orientaciones se ilustran con ejemplos concretos y fáciles de extrapolar a otras situaciones reales. A los efectos de nuestra investigación, entendemos que sólo ingresarían a la categoría de Derecho suave las recomendaciones y guías.

2. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.*

3. *A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos».*

⁶⁷⁶ BERENGUER FUSTER, L.: “La Promoción de la Competencia, un instrumento alternativo”, Conferencia inaugural de las Jornadas sobre Promoción y Defensa de la Competencia. Mérida, 17 de noviembre de 2009. Disponible en <http://juradocompetenciaextremadura.gobex.es/jornadasyponencias/ponencialuisberenguer.pdf>. [En línea]

Mediante estas fórmulas se emplea el Derecho suave como remedio cuando no es posible la aplicación del Derecho tradicional o bien cuando no concurren los elementos competenciales necesarios para que éste pueda ser dictado⁶⁷⁷, siendo su principal función la de complementar las disposiciones de la Ley y del Reglamento de Defensa de la Competencia.

3.1.1.a) Recomendaciones

La tarea de Promoción de la Competencia no debe limitarse a hacer recomendaciones en sectores específicos cuya normativa está ya implantada o está sujeta a revisión puesto que los principios inspiradores de la competencia deben estar presentes en toda norma desde el principio de su concepción.

En este sentido, el Derecho suave es un protagonista importante en la labor de Promoción de la Competencia, pues a través de Recomendaciones o Directrices puede ser un avance importante de la normativa de Competencia.

3.1.1.a). 1. Recomendaciones derivadas de los Estudios de mercado

Las metodologías sistematizan un conjunto de procedimientos, pautas y acciones que deben seguirse para alcanzar un objetivo o realizar una investigación. Las metodologías incluyen, a modo de guía, una lista de tareas o acciones que debe realizar la CNMC o los operadores económicos, así como su secuencia u orden de ejecución, la duración de las distintas acciones, la descripción del objetivo último a alcanzar en cada fase, y una serie de recomendaciones o buenas prácticas que se deben cumplir. Con ello se pretende sistematizar los procedimientos, técnicas y acciones necesarias para alcanzar un objetivo concreto, como puede ser la elaboración de un estudio.

La Dirección de Promoción de la Competencia ha dictado un instructivo con la metodología para la elaboración de estudios de mercado.

⁶⁷⁷ MARTINEZ GARRIDO, S.: “*Técnicas de regulación: regulación mediante soft law...* Óp. Cit. Pág. 25

Como veremos más adelante, los estudios de mercado no ingresan a la categoría de Derecho suave, sin embargo, las recomendaciones que emanan de los mismos, sí.

Una vez señaladas las restricciones a la competencia injustificadas, el Estudio de mercado debe plantear recomendaciones que las eliminen o reduzcan sus efectos perjudiciales para el interés general. En su redacción debe estar presente quién es su destinatario y su contenido debe permitir al destinatario actuar dentro de sus competencias, al tratarse de función consultiva.

El destinatario habitual de las recomendaciones para incrementar el grado de competencia en el mercado son las Administraciones públicas. Ya sea porque su intervención directa en el mercado origina distorsiones injustificadas en el funcionamiento competitivo del mercado, o porque la causa del funcionamiento mejorable del mercado se encuentra en una normativa que limita injustificadamente la competencia o porque el remedio propuesto deba tomar forma legal para que sea efectivo⁶⁷⁸.

Según la metodología para la elaboración de estudios de mercado de la CNMC, también pueden hacerse recomendaciones para que las empresas participantes en el mercado, públicas o privadas, tengan las recomendaciones en consideración para su comportamiento futuro, incluso sin que una norma jurídica les obligue a ello⁶⁷⁹ y esto sí es claramente Derecho suave.

A lo largo del año 2014, la CNMC ha aprobado dos estudios, referidos al mercado del servicio de inspección técnica de vehículos y al sector aeroportuario en España y un informe relativo al mercado de distribución de carburantes a través de estaciones de servicio en el municipio de Leganés. Los principales resultados se recogen en la tabla 1. Los tres estudios mencionados recogen un total de 25 recomendaciones dirigidas tanto a la

⁶⁷⁸ Instrucción del Director del Departamento de Promoción de la Competencia denominado “*METODOLOGÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DE MERCADO EN LA CNMC*”. Con efectos desde 7 de octubre 2013. Apartado 156.

⁶⁷⁹ Apartado 157 de la metodología.

Administración estatal, a las Comunidades Autónomas y a las administraciones locales como a los operadores presentes en los mercados analizados⁶⁸⁰.

A lo largo del año 2015, la CNMC ha aprobado tres estudios, referidos al mercado de inspecciones de instalaciones receptoras de gases combustibles por canalización, al mercado mayorista de carburantes de automoción en España y al mercado de distribución minorista de medicamentos. Los principales resultados se recogen en el cuadro 3. Los tres estudios mencionados recogen un total de 40 recomendaciones dirigidas tanto a la Administración estatal, a las Comunidades Autónomas y a las administraciones locales como a los operadores presentes en los mercados analizados⁶⁸¹.

En base al análisis realizado, la CNMC propone una serie de recomendaciones para mejorar la competencia en beneficio de los consumidores y empresas en España, entre las que destacan: la limitación de participación directa o indirecta en el accionariado de CLH al 4,99% del capital social de cualquier persona física o jurídica que realice actividades en el mercado de refino en España, así como evitar la presencia de operadores con capacidad de refino en España en los órganos de decisión de CLH; hacer recaer la obligación de mantener las reservas mínimas de seguridad sobre los operadores con capacidad de refino y los importadores de carburantes de automoción, liberando a los operadores mayoristas de dicha obligación; la constitución de una entidad de gestión de las existencias mínimas de seguridad independiente de los operadores de la industria petrolífera, o bien limitar sustancialmente la capacidad de estos operadores sobre la toma de decisiones de CORES; o la separación de la gestión de las operaciones mayoristas del resto de las actividades y el desarrollo de un régimen de incompatibilidades efectivo para el personal directivo relacionado con la actividad mayorista de carburantes de automoción.

⁶⁸⁰ Memoria de la CNMC, año 2014.

⁶⁸¹ Memoria de la CNMC, año 2015.

3.1.1.a). 2. Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia

La extinta Comisión Nacional de la Competencia, en sus primeros años de funcionamiento, consideró pertinente iniciar su andadura en esta nueva etapa, utilizando las novedades de la ley 15/2007, delimitando una serie de principios que deben inspirar la buena regulación desde el punto de vista de la competencia: necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión, eficacia, transparencia y predictibilidad. Estos principios, que se enmarcan en el movimiento de *Better Regulation*, se explican ampliamente en el informe *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la Competencia*, publicado en junio de 2008⁶⁸².

Estas Recomendaciones, inspiradas en los principios internacionales de la Regulación eficiente, se refieren tanto a la calidad del contenido de la norma como a la del procedimiento utilizado para su aplicación.

Respecto al contenido, la norma debe cumplir los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión. En cuanto al procedimiento de aplicación, éste debe ser eficaz, es decir, de fácil y clara ejecución, teniendo en cuenta en su caso la necesaria coordinación entre las distintas Administraciones involucradas; transparente, favoreciendo el debate y la consulta pública en el proceso de toma de decisiones; y predecible, de forma que en la elaboración de la norma se tengan ya en cuenta las medidas concretas a incluir en el reglamento de su posterior desarrollo⁶⁸³.

Probablemente el principal hito en la actuación de los primeros años de la extinta CNC en su función de Promoción de la Competencia haya sido tanto la promulgación, como amplia difusión, de sus Recomendaciones de “*better regulation*”: las «*Recomendaciones a las*

⁶⁸² Memoria CNC 2007-2009. Pág. 53... El informe también contiene una serie de ejemplos concretos en los que se analizan ciertas normas sectoriales de acuerdo con esos criterios

⁶⁸³ AVILA DE GRADO, P.: “*El papel de la Comisión Nacional de la Competencia en la actividad de regulación de las Administraciones Públicas*” en VVAA “Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas”. GUILLEN CARAMÉS, J (Director). Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011. Pág. 377

administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia».

Las Recomendaciones, publicadas en junio de 2008, compilaron y glosaron los principios de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia, proponiendo que las normas susceptibles de afectar a la libertad de empresa y al funcionamiento del mercado deban acompañarse de una memoria relativa a su impacto, directo o indirecto, sobre la competencia⁶⁸⁴.

3.1.1.b) Guías

Estudiamos a las Guías tanto de la CNC como de la CNMC enmarcadas siempre dentro de la labor de Promoción de Competencia. Se les atribuye –al igual que a las Recomendaciones- carácter orientador no vinculante, dentro de la capacidad de la CNMC de emitir informes y elaborar estudios.

En el ámbito de los Derechos de los negocios en el plano internacional, existen textos puramente indicativos, en el formato de guías legislativas, que son unos textos elaborados por una institución internacional a fin de evitar los inconvenientes inherentes a la codificación a través de tratados internacionales. El empleo de esta técnica se ha generalizado partiendo de la base a la tendencia a la autonomía legislativa que suele experimentar el legislador estatal a la hora de codificar determinadas cuestiones de los Derechos de los negocios⁶⁸⁵.

A continuación, vemos una tabla con las Guías publicadas por la extinta CNC, las que iremos desarrollando por orden cronológico.

Guías de la CNC	
A	Guía para la elaboración de Memorias de Competencia. Enero 2009

⁶⁸⁴ BERENGUER FUSTER, L.: “La Promoción de la Competencia, un instrumento alternativo”, Conferencia inaugural de las Jornadas sobre Promoción y Defensa de la Competencia. Mérida, 17 de noviembre de 2009

⁶⁸⁵ FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales... Óp. Cit.* Pág. 73.

B	Guía para las Asociaciones Empresariales. Diciembre 2009
C	Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Febrero 2011
D	Guía destinada a consumidores sobre los derechos y posibilidades de contratación y los beneficios de la competencia en el servicio de mantenimiento de ascensores.
	Guía de la CNMC
A	Guía contra el fraude en la Contratación Pública.

3.1.1.b) .1. Guía para la elaboración de Memorias de Competencia.

Abundando en la idea de ayudar a conseguir un marco regulatorio que promueva la competencia, la CNC dio un paso más allá de la publicación de sus *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la Competencia* de junio de 2008 y da a conocer su *Guía para la elaboración de Memorias de Competencia* en enero de 2009, que viene a complementar la segunda fase en el ejercicio de la autoevaluación entre las Administraciones Públicas.

Esta Guía, partiendo del principio de que la Defensa de la Competencia es un objetivo que atañe a todos los poderes públicos, se dirige a todos aquellos que tienen entre sus atribuciones la de regular una determinada actividad económica o influir sobre su ejercicio, lo cual puede abarcar desde la elaboración de un proyecto de ley hasta la aprobación de un pliego de contratación; desde la Administración General del Estado, hasta la Administración Autonómica y Local⁶⁸⁶.

La Guía trata de mostrar a los órganos responsables de la producción de normas, de manera didáctica y por vía de ejemplos, que es preciso someter las propuestas normativas a un triple juicio: de identificación de las restricciones a la competencia que pudieran introducir; de justificación de la necesidad de las mismas con arreglo a alguna finalidad de interés público precisamente delimitada; y, finalmente, de acreditación de que no resulta posible

⁶⁸⁶ Memoria CNC 2007-2009. Pág. 53

acudir a otras alternativas que resulten menos restrictivas de la competencia para conseguir el mismo fin de interés público⁶⁸⁷.

La *Guía para la elaboración de Memorias de Competencia* detalla un procedimiento para analizar la medida en que la norma en cuestión cumple los tres principios generales: necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, proponiendo a estos efectos un examen en tres fases consecutivas. La primera requiere examinar si la norma que está siendo considerada introduce o no restricciones a la competencia; si la respuesta es afirmativa, debe procederse a realizar el examen siguiente, que requiere determinar si esas restricciones están justificadas o no y si la conclusión obtenida de este examen es que la norma está justificada, debe procederse al tercer paso, que consiste en la determinación de si cumple el principio de mínima distorsión. Ello requiere analizar si existen formas alternativas de conseguir ese objetivo que sean menos perjudiciales para la competencia⁶⁸⁸.

La Guía a su vez ha sido muy oportuna, ya que prácticamente en paralelo, el Gobierno español aprueba el Real Decreto sobre la *Memoria de impacto normativo* que debe acompañar a las iniciativas normativas. En este Real Decreto, el legislador reconoce la importancia de la autoevaluación requiriendo la inclusión en estas Memorias de un análisis de los efectos sobre la competencia de los proyectos normativos. Con la aprobación del mencionado Real Decreto, se potencia la utilidad de la Guía de la CNC.

La *Memoria de impacto normativo* es especialmente importante en el caso de proyectos de normas sectoriales, porque constituye un recordatorio al órgano proponente de la regulación, de la obligación de conjugar, ya en las fases preliminares de elaboración del proyecto normativo, los dos intereses generales en juego: el buscado para el sector y el ciertamente no menos general y legítimo del respeto de las normas de competencia⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ *Ídem*

⁶⁸⁸ AVILA DE GRADO, P.: “El papel de la Comisión Nacional de la Competencia en la actividad de regulación de las Administraciones Públicas... *Op. Cit.* Págs. 377 y 378

⁶⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 378

3.1.1.b) .2. Guía para las Asociaciones Empresariales

En relación a las Guías, y traspasando al ámbito empresarial, tras la experiencia del informe de 2008, “*Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*”, la CNC publicó en diciembre de 2009 una *Guía para las Asociaciones Empresariales*.

Si en el informe de Recomendaciones se aportaban una serie de ejemplos concretos en los que se analizaban ciertas normas sectoriales de acuerdo con los criterios de la buena regulación, en la Guía para las Asociaciones Empresariales se aclaran en base a múltiples resoluciones pasadas de la Autoridad de Competencia qué actuaciones de estas asociaciones de empresas rivales están o no admitidas por la LDC, en función de sus efectos sobre la competencia en los mercados.

3.1.1.b) .3. Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC y la Guía contra el fraude en la Contratación Pública de la CNMC

A principios de 2011, la CNC publicó una Guía sobre contratación pública y competencia, orientada a favorecer una aplicación pro competitiva de la normativa vigente sobre contratación pública.

Al igual que en casos anteriores, como la Guía para las Asociaciones Empresariales (2010), la Guía para la elaboración de Memorias de Competencia (2009) o las Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia (2008), esta Guía va dirigida a unos destinatarios concretos, en esta ocasión los órganos administrativos competentes en esta materia, proponiéndoles las pautas y recomendaciones para el diseño, desarrollo y ejecución de los procedimientos de contratación que pueden ser más favorecedoras de la competencia, dentro de las opciones contempladas en la normativa vigente sobre contratación pública. Asimismo, la Guía ofrece orientaciones para la prevención y detección de posibles prácticas colusorias entre los licitadores, susceptibles de categorización como infracciones

de la ley de defensa de la competencia, en los procedimientos de contratación pública, en línea con las directrices elaboradas por diversos organismos internacionales⁶⁹⁰.

La utilidad de esta Guía ha sido avalada por el interés que ha despertado en la opinión pública y, en particular, entre sus principales destinatarios, a juzgar por las solicitudes de información adicional recibidas en la Dirección de Promoción por agentes interesados en conocer la manera en que la introducción de más competencia en la provisión de bienes y servicios públicos puede llevarse a cabo con un mayor ahorro de recursos públicos⁶⁹¹.

Independientemente de su carácter no vinculante, estos instrumentos de Promoción de la Competencia no solamente sirven para llamar la atención sobre determinados temas y notar los potenciales efectos negativos de éstos sobre la competencia, sino que cumplen una labor integradora fundamental de la normativa de competencia.

4. Instrumentos de Promoción de la competencia que no ingresan a la categoría de Derecho suave.

Los instrumentos considerados como *preparatorios, consultivos o informativos, estrictamente hablando no pueden ser calificados como Derecho suave por no cumplir con todos los elementos necesarios para ingresar en la categoría*, de los cuales se citan principalmente su carencia de efectos *ad extra* y su falta de establecimiento de una concreta regla de conducta⁶⁹², debido a que su función principal es más bien informativa o promocional y son consideradas como simples actos preparatorios, al no generar ningún derecho ni obligación para terceros.

Existen numerosos instrumentos atípicos, sin norma alguna que nos informe sobre los procedimientos y la finalidad de los mismos⁶⁹³. En el ámbito de la defensa de la

⁶⁹⁰ Memoria CNC 2010-2011. Pág. 63

⁶⁹¹ *Ídem*.

⁶⁹² Cfr. Capítulo I.

⁶⁹³ Sobre los instrumentos y actos atípicos en el Derecho Administrativo, Véase el trabajo ya citado, de GONZALEZ BOTIJA, F: “Los otros actos administrativos...*Op. Cit.* Pág. 226. El autor señala que: «[...] queda patente en una serie de asuntos desde los años sesenta en donde el TS rechaza entrar a juzgar

competencia también encontramos este tipo de instrumentos atípicos, de los cuales indicaremos cuáles serán rechazados de la categoría del Derecho suave, por no cumplir con los elementos del tipo.

Según SARMIENTO⁶⁹⁴, si atendemos a la definición de disposición general y acto, observaremos que ninguna nos permite ubicar bajo su órbita a los actos e instrumentos de *soft law* administrativo. Las disposiciones generales van a excluir al *soft law* por motivos formales, pero no tanto materiales.

Para el citado autor, el *soft law* administrativo es, por naturaleza, regulación con carácter general y dirigida a un grupo de destinatarios. Las disposiciones generales son más formales, con formas que condiciona su elaboración y la denominación que asume ulteriormente, ya sea bajo la rúbrica de Real Decreto, Decreto, Orden u Ordenanza. El *soft law* se aleja de ellas por razón de su forma: ni tiene un procedimiento tasado de elaboración, ni cuenta con una regla uniforme de competencia, ni necesariamente debe ser objeto de publicación, ni tampoco se encuentra sujeto a una identificación formal. En cuanto al acto administrativo, el impedimento no es tanto por la forma, sino por el contenido: el acto administrativo se caracteriza por su carácter individual, dejando las decisiones obligatorias generales para la disposición general. Existe no obstante la tentación de acercarlo al terreno de los actos administrativos atípicos, cuya relevancia se muestra cada día mayor y afecta a varios sectores de la intervención administrativa, especialmente la económica. Cuando hablamos de los actos atípicos nos estamos refiriendo

actuaciones administrativas que sólo son meras solicitudes de información de la Administración a los particulares, meros pensamientos, meras advertencias sobre ciertas irregularidades, incluso de carácter moral, o meras exposiciones de opiniones, informaciones o comunicaciones, documentos de trabajo u opiniones de contenido político. Aplicar una concepción amplia del acto administrativo parece, a priori, dar mejor respuesta a las necesidades del derecho a la tutela judicial efectiva y podría servir para justificar el control de los supuestos donde la Administración adopta declaraciones de juicio u opinión que deciden sobre el fondo del asunto o causan un grave perjuicio a los intereses de los administrados. Sin embargo, pese a lo atractivo de esta alternativa, esta solución es un error tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista teórico. Desde el primer punto de vista práctico, porque aceptar la posibilidad de recurrir cualquier declaración de juicio, opinión, conocimiento o deseo llevaría a situaciones absurdas que podrían cargar de forma indeseable el trabajo de los órganos jurisdiccionales. Desde el punto de vista teórico, no es posible afirmar tajantemente que toda una categoría o subcategoría de manifestaciones de juicio u opinión, conocimiento o deseo son o no son actos administrativos a efectos de recurso, puesto que siempre es posible deslindar dentro de esos grupos o categorías actuaciones que poseen un contenido decisorio»

⁶⁹⁴ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: *El soft law administrativo...* Op. Cit. Pág. 95.

a aquellas manifestaciones informales de la Administración que surten efectos hacia terceros, pero se adoptan al margen de los causes formales de elaboración de actos. Éstos se identifican con el *soft law* en la medida en que gozan de una naturaleza atípica, pero se alejan de él en tanto en cuanto tienen un carácter individual y su contenido es materialmente el de un acto administrativo; este carácter individual es lo que la aleja de la lógica pseudo-regulatoria tan propia del *soft law* administrativo⁶⁹⁵.

Cuando hablamos de los actos atípicos nos estamos refiriendo a aquellas manifestaciones informales de la Administración que surten efectos hacia terceros, pero se adoptan al margen de los causes formales de elaboración de actos. Se trata de aquellas actuaciones que, a pesar de la imposibilidad de ubicarlas bajo el manto formal del acto, la doctrina y la jurisprudencia han reconducido con cierta dificultad hacia dicho terreno, principalmente a efectos de su impugnación jurisdiccional. Así los otros actos administrativos se identifican con el Derecho suave en la medida en que gozan de una naturaleza atípica, pero se alejan de él en tanto en cuanto tienen un carácter individual y su contenido es materialmente el de un acto administrativo. Este carácter individual los aleja de la naturaleza jurídica propia del Derecho suave⁶⁹⁶.

Tras el minucioso análisis de los elementos del Derecho suave, nos permitimos afirmar que no todos los actos o instrumentos atípicos son Derecho suave.

4.1. Instrumentos de Promoción de competencia que no ingresan a la categoría de Derecho suave

Quedan fuera de nuestra investigación los siguientes instrumentos de Promoción de la competencia:

- a) Estudios de mercado
- b) Informes normativos y sectoriales, y
- c) Documentos de trabajo.

⁶⁹⁵ *Ídem.*

⁶⁹⁶ SARMIENTO, D.: *El soft law administrativo. Op. Cit.* Pág. 94.

4.1.1. Estudios de mercado

Un estudio de mercado es el primer instrumento de promoción de la competencia, consistente en un análisis económico y regulatorio exhaustivo que analiza en profundidad la dinámica de la competencia en un mercado o sector productivo, identificando las restricciones existentes en dicho mercado, que dificultan o impiden una asignación eficiente de los recursos. Finalmente, el Estudio alcanza conclusiones y propone recomendaciones para paliar o eliminar dichas restricciones, forman el primer eslabón de la función consultiva del Consejo y brindar recomendaciones no vinculantes para los operadores externos⁶⁹⁷.

Por tanto, estas recomendaciones derivadas de los Estudios de mercado al no tener efecto jurídico *ad extra* no ingresan a la categoría de Derecho suave, pero cabe resaltar que dichas recomendaciones sí son de obligado cumplimiento para la CNMC vinculando la opinión emitida por el Consejo a todas las unidades de la Autoridad. Los Estudios recogen el criterio del Consejo sobre el funcionamiento de un determinado mercado, por lo que los informes, expedientes sancionadores relativos a dicho mercado y el resto de los procedimientos de la CNMC deben respetar los criterios y recomendaciones contenidos en el Estudio⁶⁹⁸. De allí que hayan sido emitidas en carácter de instructivo.

Ahora bien, recomendaciones a las Administraciones públicas o a los agentes que deriven de los estudios de mercado, sí ingresarían al plano del Derecho suave.

4.1.2. Informes

Entre las funciones de carácter general de la CNMC para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, la ley 3/2013 dispone en el artículo 5.1 que «*para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento,*

⁶⁹⁷ Instrucción del Director del Departamento de Promoción de la Competencia denominado “*METODOLOGÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DE MERCADO EN LA CNMC*”. Con efectos desde 7 de octubre 2013

⁶⁹⁸ Apartado 13

la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones: h) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos».

En el artículo 5.2 de la ley 3/2013, se dispone que la CNMC, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios.

De esta manera, la ley 3/2013 –en consonancia con el derogado artículo 26 de la LDC- permite participar a la CNMC, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de Defensa de la Competencia y a su régimen jurídico⁶⁹⁹. Y es función del Consejo de la CNMC adoptar los informes a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 5.2 de la Ley 3/2013, los informes, estudios y trabajos sobre sectores económicos y en materia de competencia y los informes en materia de ayudas públicas⁷⁰⁰.

Los informes y estudios sectoriales analizan la situación de un sector o rama de actividad económica bajo la óptica de la competencia o, también, el efecto de una misma situación anticompetitiva común a varios sectores.

Estos informes conjugan el estudio del marco normativo con el análisis del comportamiento de los operadores y los condicionantes económicos del sector o sectores afectados. Su finalidad es dirigir recomendaciones a las Administraciones públicas o a los agentes que operan en el sector con el objetivo de favorecer la competencia y obtener resultados más eficientes que beneficien a los consumidores. La CNMC puede proponer modificaciones o revisiones de la regulación o bien realizar clarificaciones o advertencias a los agentes

⁶⁹⁹ Artículo 5.2.a) de la ley 3/2013

⁷⁰⁰ Artículo 20.9 de la ley 3/2013

económicos y las Administraciones destinados a remover los obstáculos a la competencia derivados de sus actuaciones.

Acerca de ellos, decía el primer Presidente en funciones de la CNC⁷⁰¹ en sus primeros años de andadura que *«probablemente la labor más conocida de la CNC, dada la amplia difusión que han tenido en la sociedad española, sea la publicación de nuestros informes sectoriales de Promoción de la Competencia. Gran eco en los medios, correa de transmisión de nuestros mensajes, y amplio debate suscitado sobre determinadas cuestiones cuyo conocimiento ya no es monopolio de unos pocos interesados, sean probablemente motivo de cierta satisfacción»*.

Debemos en esta instancia mencionar a los Informes de Seguimiento. Podemos mencionar al respecto los *Informes de seguimiento de proceso de renovación de concesiones de transporte interurbano de viajeros por carreteras estatales y autonómicas*. Este tipo de informes acredita que la labor de Promoción de la Competencia no se agota con la publicación puntual del estudio en cuestión, sino que es necesario un seguimiento del impacto de dichas recomendaciones sobre las decisiones de las Administraciones y sobre los propios mercados, para reevaluar y actualizar dichas recomendaciones. Estos Informes de seguimiento incluso pueden servir de base para adoptar medidas ulteriores, tales como, en el caso de los dos informes citados, la impugnación jurisdiccional de normas de determinadas Comunidades Autónomas en materia de prórrogas de dichas concesiones, facultad que se ha utilizado por vez primera en 2010⁷⁰².

La obligación de los poderes públicos de garantizar y proteger el ejercicio de libertad de empresa, no siempre ha sido atendida ni con la intensidad ni con la generalidad requerida. Sea por inercia, por desconocimiento o por infravaloración de los nocivos efectos que este incumplimiento provoca, o por deseo de mantener el *status quo* existente, han proliferado, y se han mantenido, normas y actos que han restringido innecesariamente la competencia. Afortunadamente, la constatación de los enormes costes que estas normas lesivas están

⁷⁰¹ BERENGUER FUSTER, L.: “*La Promoción de la Competencia, un instrumento alternativo*”, Conferencia inaugural de las Jornadas sobre Promoción y Defensa de la Competencia. Mérida, 17 de noviembre de 2009

⁷⁰² Memoria CNC 2009-2010. Pág. 50

facilitando que la doctrina que respalda la conveniencia de la Buena Regulación *-better regulation*⁷⁰³ - vaya incorporándose a medidas sectoriales de nuestro ordenamiento jurídico⁷⁰⁴.

La CNMC dispone de una amplia gama de instrumentos para llevar a cabo esta suerte de asesoramiento y auditoría en materia de competencia de la actividad reguladora de las Administraciones Públicas. Una de sus herramientas es el fomento de la autoevaluación por los propios órganos reguladores del impacto sobre la competencia de sus proyectos normativos; otra es el análisis de la Autoridad de Competencia de dicho impacto a petición de los propios órganos reguladores, análisis que se publican como Informes de Proyectos Normativos o IPNs; y la tercera es el ejercicio de la facultad de legitimación activa contra actos y normas ya aprobadas por las Administraciones Públicas que obstaculizan la competencia efectiva en los mercados.

Los informes sobre normativa analizan los efectos sobre la competencia en los mercados de las normas jurídicas de tipo legal o reglamentario. Habitualmente, el análisis de estas normas se produce antes de su aprobación final (control previo a través de Informes de Propuestas Normativas o IPNs), pero en ocasiones también se analiza el impacto competitivo de normas ya aprobadas (Informes de Posición)⁷⁰⁵.

En los informes de normativa, la CNMC valora y, en su caso, señala alternativas más favorecedoras de la competencia.

⁷⁰³ La política de mejora de la regulación (*better regulation policy*) surge en Estados Unidos. Principalmente hay que referirse a las diversas órdenes ejecutivas del Presidente, que se han sucedido desde 1981 con el objeto de reducir y racionalizar la regulación. Valor emblemático tuyo la primera de 17 de febrero de 1981, durante la Presidencia de Reagan, donde se establecieron como objetivos preliminares, reducir las cargas resultantes de la regulación actual y futura; incrementar el control y la supervisión presidencial sobre la regulación; así como minimizar la duplicación y el conflicto entre regulaciones, asegurando en todo caso la mejor y más racional regulación. Para más detalle véase VELASCO SAN PEDRO, L.A: “*La regulación económica como barrera a la competencia: liberalización y política de mejora de su calidad*”, en VVAA “Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas”. GUILLEN CARAMÉS, J (Director). Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011

⁷⁰⁴ *Ídem*.

⁷⁰⁵ www.cnmc.es

En consecuencia, y por aclarar terminologías, el Análisis de Impacto Normativo es una herramienta para la mejora de la regulación mediante la cual se sistematiza y ordena la información importante para valorar el impacto de una iniciativa normativa con el fin de ayudar en el proceso de su aprobación y la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) es el documento en el que se recoge y unifica la información que acompaña a un proyecto normativo, justificando su oportunidad y necesidad y realizando una estimación del impacto en diferentes ámbitos de la realidad que tendrá su aprobación⁷⁰⁶.

Por otra parte, la Autoridad de Competencia examina los proyectos normativos que las Administraciones Públicas someten a su consideración para valorar si su entrada en vigor puede introducir restricciones a la competencia y en su caso, proponer las alternativas de modificación de la norma⁷⁰⁷. La elaboración de estos informes fue una de las principales tareas de la anterior Dirección de Promoción de Competencia de la extinta CNC y lo es del actual Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC a través de la Subdirección de estudios e informes.

En esta evaluación de la efectividad de incorporación en la normativa de lo dispuesto por la extinta CNC a través de informes, traemos a colación las palabras de BERENGUER FUSTER: *«podemos afirmar, con cierta satisfacción, que cierta parte de nuestras observaciones (no me atrevo a cifrarla, pero alrededor de la mitad de estas) ha sido recogida por los Ministerios proponentes, hecho que nos anima a seguir insistiendo tanto con carácter reactivo, como proactivo»*⁷⁰⁸.

4.1.3. Documentos de trabajo

⁷⁰⁶ Información obtenida en la página web de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, www.seap.minhap.gob.es

⁷⁰⁷ El IPN se lleva a cabo en respuesta a la solicitud del Ministerio proponente del proyecto normativo. Este anteproyecto de Ley o proyecto de Real Decreto es objeto de un minucioso análisis que, junto con la amplitud del espectro de temas tratados, ha permitido a la Autoridad de Defensa de la Competencia española obtener una extensa y profunda panorámica de las condiciones de competencia imperantes en muchos de los principales sectores de la economía española.

⁷⁰⁸ Véase. BERENGUER FUSTER, L.: “La Promoción de la Competencia, un instrumento alternativo”, Conferencia inaugural de las Jornadas sobre Promoción y Defensa de la Competencia. Mérida, 17 de noviembre de 2009

De acuerdo con el Artículo 5.1.h, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene encomendadas, entre otras, la función de promover y realizar trabajos de investigación en materia de competencia.

La serie de Documentos de Trabajo en Política de Competencia y Regulación se enmarca en dicha función legal y nació con el compromiso adquirido en el Plan de Actuación 2015 de la CNMC, que incorporó como actuación el desarrollo de estos documentos de trabajo (actuación 14.1). El objetivo de los Documentos de Trabajo es producir investigación económica en las áreas de competencia y regulación. En ocasiones, los Documentos de Trabajo pueden insertarse dentro de estudios, informes o investigaciones de la CNMC. La finalidad última de los Documentos de Trabajo es contribuir a la defensa y la promoción de la competencia efectiva y la regulación económica eficiente en la economía española.

4.2.Otros instrumentos emitidos por la autoridad de competencia: Planes y Memorias de actuación.

Junto a todos los instrumentos de Derecho suave a los que nos hemos referido ampliamente y de los que hemos analizado su eficacia jurídica, al igual que los instrumentos preparatorios o informativos en el ámbito de la promoción de la competencia, existen otro tipo de instrumentos atípicos emitidos por la CNMC que tampoco ingresan al ámbito de lo que denominamos Derecho suave pero que sin embargo aparecen en la LDC con el objeto asegurar la responsabilidad ante la sociedad, la redición de cuentas y una mayor predeterminación normativa de las actuaciones. Se trata de los planes de actuación y las memorias⁷⁰⁹.

Un avance de la Ley 3/2013 con respecto a la Ley 15/2007 se ha dado con respecto al régimen de transparencia y responsabilidad (Capítulo V), en donde en virtud del artículo 37, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los

⁷⁰⁹ PADRÓS REIG, C: “Objetividad, predictibilidad y determinación normativa... *Óp. Cit.* Pág. 14

aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores.

Conforme al artículo 37 de la Ley 3/2013 (Disposición complementada por el Capítulo VIII “*Régimen de Transparencia y Publicidad*” del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC en sus artículos 36 y 37⁷¹⁰), de deberá dar publicidad a:

- d) La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la Comisión, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad⁷¹¹.
- e) Los informes económicos sectoriales, de carácter anual, en los que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector, sin perjuicio de los informes que puedan elaborar los departamentos ministeriales. El informe se enviará en todo caso a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y a los titulares del Ministerio competente en el sector de que se trate y del Ministerio de Economía y Competitividad y en su caso, al titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en la parte relativa a las reclamaciones de los usuarios finales.
- f) Otros informes elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos, sin perjuicio de su remisión al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.
- g) El plan de actuación de la Comisión para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

⁷¹⁰ **Artículo 36. Transparencia:** La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ajustará su actuación a lo dispuesto en la normativa vigente sobre transparencia.

⁷¹¹ No desconocemos que cuando la Memoria de un instrumento normativo se refiere al futuro, y no al pasado como son estas memorias que constituyen meras recopilaciones de hechos y actos, sí pasan a constituir un ejemplo de Derecho suave, que sí tienen efectos vinculantes. El caso más conocido es el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1977, que obligó a que un plan de ordenación urbana se ajustara a lo que disponía la Ley, lo que provocó tal explosión popular que en el madrileño barrio de Orcasitas existe una plaza denominada “Plaza de la memoria vinculante”.

h) Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público”

Por tanto, ninguno de estos citados instrumentos ingresa a la categoría de Derecho suave, quedando demostrada la afirmación de que no todos los actos o instrumentos atípicos pertenecen a la categoría del Derecho suave.

CAPITULO VI: CATEGORIZACIÓN DEL DERECHO SUAWE

1. Naturaleza jurídica del Derecho suave.

El primer y principal elemento del Derecho suave es *su falta de efecto estrictamente vinculante*⁷¹², siendo la característica por la cual lleva el adjetivo “suave” y que, pese a ella, ingresa al plano del Derecho, ya que esa falta de efectos estrictamente vinculantes o pseudonormativos⁷¹³ no impide que pueda producir efectos jurídicos modificando la realidad y sirven para fundamentar las proposiciones jurídicas. En este sentido, se puede afirmar que se estaría ante un conjunto normativo que carece de fuerza vinculante y que, sin embargo, ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos a los que se dirigen en materias de carácter perfectamente dispositivo⁷¹⁴.

Esa modificación de la realidad se da mediante el diseño de conductas a las que los destinatarios del Derecho suave deban ajustarse, incidiendo en los ciudadanos y operadores jurídicos, habilitando a los poderes públicos para actuar sobre ciertas materias. Por ello, aunque las normas de Derecho suave no sean vinculantes, producen efectos jurídicos relevantes⁷¹⁵.

La carencia de fuerza legal de los códigos de conducta, por dar un ejemplo, comporta en el plano del Derecho internacional un fundamento similar a las leyes modelos: ante la extrema dificultad de sancionar una convención internacional sobre determinada materia, se «formula» un instrumento que define reglas o *standards* básicos de conducta. La diferencia

⁷¹² En toda la doctrina, puede constatarse un denominador común que preside a los candidatos a formar parte de la categoría de Derecho suave. En efecto, todos ellos están presididos por la idea de normas no vinculantes (*non binding rules*). Para mayor análisis, véase ESCUDERO, R: “*El concepto de Soft Law... Op. Cit.* Pág. 132

⁷¹³ Como los denominan los profesores FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A. en su Manual “*Derecho de los negocios internacionales*” en la pág. 75. Para dichos autores, la flexibilización como tendencia general del Derecho encuentra una primera manifestación en el ámbito de los procedimientos de producción normativa. Estos procedimientos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del Derecho de los negocios internacionales y merced a la armonización conseguida a través de ellos cabe aspirar a la reducción de las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos y a que los Estados se animen a realizar esfuerzos en la perspectiva de la internacionalización.

⁷¹⁴ *Ídem*. Respecto a las “técnicas alternativas de unificación basadas en soft law”.

⁷¹⁵ ESCUDERO, R: “*El concepto de Soft Law... Op. Cit.* Pág. 133.

con las leyes modelo, es que los códigos de conducta están dirigidas a los particulares y no a los Estados⁷¹⁶.

Los instrumentos que ingresan a la categoría del Derecho suave se basan en proposiciones normativas que de forma clara, indubitada y poco interpretable establecen determinados contenidos pero no lo hacen mediante el recurso a la coacción⁷¹⁷ y ésta es su característica esencial.

Los autores que niegan atributo jurídico al Derecho suave⁷¹⁸, lo hacen sobre la base de que hay que tratar de situar todo lo no jurídico claramente fuera del Derecho, de tal modo que cualquier consejo, orientación o prevención que pueda emitir un organismo público pueda reconocerse fácilmente y en todo momento, como lo que es: algo ajeno a la «potestas», al «imperium» o poder de mando del Estado, sin otro valor que la «auctoritas» reconocible a sus autores.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ⁷¹⁹, sostiene que el Derecho indicativo es muy cómodo de usar, pues no compromete, ni prejuzga el futuro. Afirma que: un libro blanco, una declaración programática, un documento de intenciones, o una selección de mejores prácticas pueden ser y de hecho lo son, documentos preparatorios de una decisión jurídica, pero no son documentos jurídicos en sentido estricto, o lo que es lo mismo, no forman parte del ordenamiento jurídico, no son «Derecho», ni siquiera indicativo. Tranquilizan al sector, promueven consensos, o preparan decisiones jurídicas ulteriores, pero, conceptualmente, están situados en el nivel «no jurídico» de la regulación.

⁷¹⁶ FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales... Óp. Cit.* Pág. 57

⁷¹⁷ ESCUDERO, R: “*El concepto de Soft Law... Óp. Cit.* Pág. 136

⁷¹⁸ Cfr. DE LA CUÉTARA MARTINEZ, J.M: “*Las normas «recomendadas», ¿una fisura en el principio de legalidad?»*”. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red. Número 2. Setiembre, 1998. Pág. 152

⁷¹⁹ DE LA CÚETARA MARTÍNEZ, J. M: “*Uso y abuso del Derecho indicativo en la regulación económica*”. En VVAA *Derecho Administrativo y Regulación económica*. Liber Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz. De la Cuétara Martínez y Martínez López- Muñiz (Coordinadores). Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2011

Como resultado de las afirmaciones precedentes, hemos decidido eliminar del concepto de Derecho suave⁷²⁰ los informes, memorias, planes y todo tipo de instrumentos que no reuniera con las características esenciales, en este caso, con la característica del Derecho suave de establecer reglas de conducta o actuación.

Los instrumentos de Derecho suave son publicados y tienen efectos jurídicos *ad extra* (si bien no vinculantes), a diferencia de los instrumentos atípicos informativos, preparatorios o recomendaciones *ad intra* que no ingresan a la categoría de Derecho suave.

Nuestra tesis es que el Derecho suave no nace para sustituir al Derecho, tampoco pretende – ni debe- ocupar su lugar⁷²¹, sino interpretar y complementar la legislación en lugar de ocupar su lugar.

El origen *público* de las normas de Derecho suave puede ser un buen criterio de delimitación del mismo. Así, las normas e instrumentos de Derecho suave se definen por provenir de sujetos y órganos que tienen autoridad y competencia para producir normas vinculantes sobre determinadas materias, pero que optan por una regulación de las mismas que excluye el instrumento de la coacción⁷²².

⁷²¹ El *soft law* no nace para sustituir al *Derecho tradicional*. Tampoco pretende ocupar su lugar, con lo que intentar reproducir las estructuras clásicas de funcionamiento del derecho para una realidad bien distinta y con métodos dispares es una empresa teórica dirigida al fracaso. El objetivo de quienes pretenden establecer instrumentos de *soft law* no es ni mucho menos que éstos se incorporen o dejen de incorporarse a una estructura, como es la de las fuentes del derecho, que está bien lejos de servir a sus objetivos e intereses estratégicos. ESCUDERO, R: *El concepto de soft law...* Óp. Cit. Pág. 138.

⁷²² ESCUDERO, R: *El concepto de soft law...* Óp. Cit. Pág. 141. En igual sentido, SARMIENTO señala que, desde el punto de vista de los poderes públicos competentes para adoptar actos o instrumentos de Derecho suave, la regla general nos indica que todo poder público es competente para adoptar este tipo de disposiciones *siempre que cuente con la competencia respectiva, constitucional o legalmente atribuida*. Ello supone que «[...] la regla general de atribución de competencias territoriales, constitucionalmente prevista a partir de los artículos 148 y 149 CE, con el complemento de los Estatutos de Autonomía y el marco competencial respectivo de las Entidades Locales, resulta igualmente de aplicación para los actos e instrumentos de Derecho indicativo, en línea con lo que sucede igualmente con las disposiciones de *hard law*. Prueba de ello es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha admitido la impugnabilidad de actos de *soft law* en conflictos de competencia. La STC 54/1990, de 28 de marzo, tenía por objeto una Circular administrativa que incurría en una violación efectiva de un título competencial autonómico. Lo mismo debe añadirse respecto de la distribución intra-orgánica de competencias que realizan principalmente las Administraciones Públicas mediante instrumentos legales y reglamentarios, que actuarán como presupuestos necesarios a la hora de adoptar actos o instrumentos de *soft law*». SARMIENTO, D.: *El soft law administrativo*. Óp. Cit. Pág. 98.

Deben estar *publicadas* y están dotadas de contenidos que condicionan la conducta de los operadores de un ámbito específico, en donde los instrumentos de Derecho suave serán una herramienta que deberá marcar la conducta de los operadores del sector, por tanto, si existe una duda interpretativa sobre un determinado tipo infractor, el Derecho suave podrá ser la referencia que previamente ha anunciado la Administración como criterio relevante.

Es importante que exista este carácter previo, al igual que debe exigirse un grado de publicidad considerable⁷²³. Así, el Derecho suave no solamente provee pautas de comportamiento a las empresas sino a los Estados miembro, operadores económicos, jueces y autoridades nacionales⁷²⁴.

Habiéndose cumplido estas condiciones, nada cabe oponerse al empleo del Derecho suave como expresión de la política a seguir por una Administración, incluso todo lo contrario: resulta positivo que la Administración ofrezca a los particulares indicios sobre la dirección de sus políticas, y máxime cuando ésta puede desembocar en la iniciación de un procedimiento sancionador⁷²⁵, como ocurre en el caso del Derecho de la competencia.

En cuanto a los efectos de carácter general, es un elemento más importante de lo que aparenta, pues es lo que diferencia al Derecho suave de los actos atípicos, ya que los actos atípicos son manifestaciones informales de la Administración que se asemejan al Derecho suave en la medida en que gozan de una naturaleza atípica, pero se alejan de él en tanto en cuanto tienen un carácter individual y su contenido es el de un acto administrativo⁷²⁶.

El Tribunal de Justicia ha dicho que el Derecho suave en general no es fuente de legalidad comunitaria en sentido estricto y ha reiterado en numerosas ocasiones⁷²⁷ que la Comisión

⁷²³ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: *El soft law administrativo*. Op. Cit. Pág. 189.

⁷²⁴ SENDEN, L: *Soft law in European Community law...* Óp. Cit. Pág. 149

⁷²⁵ *Ibidem*. Pág- 190.

⁷²⁶ GONZALEZ BOTIJA, F: “Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción Contencioso-Administrativa”. *Revista de Administración Pública*. Número 167. Mayo/Agosto 2005.

⁷²⁷ Sentencias de 24 de marzo 1993, CIRFS y otros/Comisión (C-313/90, Rec. p. I-1125), apartados 34 y 36; de 5 de octubre de 2000, Alemania/Comisión (C-288/96, Rec. p. I-8237), apartado 62; de 7 de marzo de 2002,

puede imponerse orientaciones para el ejercicio de sus facultades de apreciación mediante actos de Derecho suave, siempre que incluyan reglas indicativas para su comportamiento, que no se separen del Tratado y que contribuyan a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de su actuación; aunque no vinculan al Tribunal de Justicia, representan una herramienta útil en su hilo argumental.

Respecto a la auto vinculación de la autoridad a su propio Derecho suave, según la sentencia de 18 de noviembre de 2004, *Ferriere Nord SpA c/ Comisión*⁷²⁸—ratificada por el Tribunal de Justicia en casación y recientemente confirmada por la *sentencia Freistaat Sachsen*— el Tribunal General señala que: «*en efecto, la Comisión está vinculada por las directrices y las comunicaciones que adopta en materia de control de las ayudas de Estado en la medida en que no se aparten de las normas del Tratado y sean aceptadas por los Estados miembros*⁷²⁹ y por consiguiente, los interesados pueden fundadamente acogerse a las mismas y el órgano jurisdiccional deberá comprobar si la Comisión ha respetado las exigencias que ella misma se había impuesto al adoptar la Decisión impugnada».

En cuanto a su relación con los principios generales del Derecho, al publicar reglas de Derecho suave, la autoridad se auto limita en el ejercicio de su discrecionalidad y no puede alejarse de esas pautas sin motivación, bajo pena de ser sancionada por violación de principios jurídicos, como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima⁷³⁰

Respecto a su impugnabilidad, en el ámbito europeo, el Tribunal de Justicia se ha declarado competente tanto por la vía recurso de anulación como por vía de la cuestión prejudicial de validez para entender en casos de Derecho suave, basado en el requisito de la capacidad de

Italia/Comisión (C-310/99, Rec. p. I-2289), apartado 52; y de 4 de julio de 2000, Comisión/Grecia (C-387/97, Rec. p. I-5047), apartados 87 y 89

⁷²⁸ Asunto T-176/01

⁷²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2002, España/Comisión, C-351/98, apartado 53

⁷³⁰ Sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/28 P, C-205/02P a C-208/02P y C-213/02P, Rec. p.I-5425), apartado 211; de 10 de diciembre de 1987, Del Plato y otros/Comisión (181/86 a 184/86, Rec. p.4991), apartado 10; de 9 de octubre de 1984, Adam y otros/Comisión (80/81 a 83/81 y 182/82 a 185/82, Rec. p.3411), apartado 22; y de 15 de enero de 2002, Libéros/Comisión (C-171/00 P, Rec. p.I-451), apartado 35.

este tipo de instrumentos, de producir efectos jurídicos a pesar de su efecto vinculante *ad extra*⁷³¹ y en el ámbito español, de conformidad al artículo tercero del Código Civil español⁷³², que se refiere a la aplicación de las normas jurídicas, resulta posible que los particulares invoquen las recomendaciones o directrices (o cualquier otro acto de derecho suave) con el fin de que los Tribunales las tengan en cuenta al interpretar la ley⁷³³.

2. Definición de Derecho suave como categoría jurídica en el ámbito del Derecho de la competencia

En base a la difícil obtención de sus elementos esenciales, nuestra definición de Derecho suave es la siguiente: “*categoría del ordenamiento jurídico formada por instrumentos jurídicos estrictamente no vinculantes de ordenación de conductas, pero con voluntad reguladora por parte del poder público, de variada configuración y con efectos jurídicos propios, los cuales autovinculan a la autoridad que las emite y pueden ser impugnados ante los Tribunales*”. Consecuencia de lo cual, este ámbito endógeno, es decir “la configuración interna corporis” de tales instrumentos produce una paulatina y creciente eficacia que se proyecta, moderadamente, en el ámbito externo.

Evidentemente hablamos de Derecho. No se trata de un concepto moral ni de orden psicológico. Ya sabemos que, desde sus orígenes, el Derecho ha admitido diferentes formas de eficacia jurídica.

En definitiva, alegamos que el Derecho suave nace para ser cumplido, puede ser invocado ante los Tribunales y es, en definitiva, Derecho. En palabras de SORIANO: «[...] en

⁷³¹ Cfr. Capítulo V, apartado 4.

⁷³² **Artículo 3. 1:** *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.*

⁷³³ FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales...* Óp. Cit. Pág. 76. Se afirma que se contempla la posibilidad de que los jueces utilicen el Derecho suave, como instrumento de construcción y o de interpretación de sus soluciones, y es sin duda una actividad factible pero condicionada a que se utilice como argumento adicional que evidencia una serie de postulados existentes en determinados círculos jurídicos, y que puede fundamentar una decisión.

realidad, desde el momento en que se pronuncia la palabra “Derecho”, ya se puede adjetivar el vocablo, que sabemos que al final contendrá normas que podrán exigirse. Es el grado de exigibilidad el que está en juego, pero no que puedan efectivamente, exigirse tales reglas»⁷³⁴.

Con esta afirmación queda superado el panorama de incertidumbre, que hacía que las reglas de conducta indicativa sean meras orientaciones no vinculantes para pasar a formar parte del ordenamiento jurídico como fuente de Derecho⁷³⁵.

Coincidimos con la opinión de KLABBERS⁷³⁶, cuando sostiene que: «la ley misma puede experimentar varias formas de grises sin perder su carácter binario, que con todo tipo de sutilezas y sensibilidades, puede ser: más o menos específica, más o menos exacta, más o menos determinada, más o menos amplia, más o menos precisa, más o menos apremiante, más o menos seria, pero lo único que no puede ser es más o menos vinculante».

En definitiva, el Derecho suave es un fenómeno que presenta las características propias del Derecho y conforma una categoría particular del ordenamiento jurídico.

3. Relación del Derecho suave con los principios generales del Derecho

La presencia del Derecho suave determina la entrada en juego de principios generales del Derecho dotados, estos sí, de fuerza jurídica vinculante respecto del propio autor del Derecho suave, impregnándose de la fuerza obligatoria propia de éstos. De allí, la relevancia de hacer referencia a su estrecha vinculación y los efectos de la misma.

⁷³⁴ SORIANO GARCIA, J. E: “Código penal y cumplimiento normativo. *Óp. Cit.* Pág. 24.

⁷³⁵ Ante el desconcierto, casi anarquía, sin colocación exacta de estas reglas indicativas de conducta en ninguna categoría, ya que ni eran normas, ni principios generales, ni generaban costumbre ni siquiera usos, en fin, en un panorama de incertidumbre, aparecían como una orientación más o menos aceptada y que constituía un óptimo ético. Pero nada más, apenas nada que ver con el Derecho. Su característica de mera orientación no vinculante, hacía que las reglas del denominado “Derecho suave” al final no fueran Derecho. Véase SORIANO GARCIA, J.E: *Código penal y cumplimiento normativo: Óp. Cit.* Pág. 25

⁷³⁶ KLABBERS, J: *The Redundancy of Soft Law*. Nordic Journal of International Law. Número 65, 1996. Pág. 167-182.

Piénsese, por ejemplo, en la posible entrada en juego de principios como el de *non venire contra factum proprium* o el de protección de la confianza legítima, que podrían impedir a la Comisión y a la autoridad española de competencia apartarse del marco de referencia establecido vía Derecho suave.

Los Principios Generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético- jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que puedan explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica y sólo a través de ésta cognoscibles.

En el mundo de los Principios Generales del Derecho es donde anidan el mundo formal de las normas y el material de los valores de justicia. Es aquí, por lo mismo, donde está el secreto que relaciona la estructura y la función de las reglas. Son estos principios los que sostienen y animan un ordenamiento, los que evitan su agotamiento en un simple juego autónomo de simples conexiones formales, los que explican, justifican y miden cada una de las reglas preceptivas finales y les prestan todo su sentido, a través de su inserción en el conjunto ordinamental⁷³⁷.

Todo el Derecho, pero de manera muy particular, el Derecho Administrativo, se constituye necesariamente sobre un sistema de principios generales del Derecho que no sólo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a éstas todo su sentido y presiden toda su interpretación, como hoy recoge ya le artículo 1.4 CE⁷³⁸.

⁷³⁷ Los principios generales del Derecho son un fruto de la propia vida jurídica y tienen, por tanto, dos formas capitales de manifestación; la práctica aplicativa del Derecho y especialmente la jurisprudencia, que es la práctica dotada de una mayor *auctoritas* y a la vez con más capacidad conformadora de la aplicación futura, y la doctrina, o la ciencia jurídica, en la medida en que ésta cumple con su función propia, que no es la de una mera esquematización convencional del Derecho con fines expositivos o didácticos, sino iluminar el sistema institucional del ordenamiento, explicar sus conexiones propias y permitir con todo ello un funcionamiento más afinado del mismo. Véase GARCÍA DE ENTERRIA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: “*Curso de Derecho Administrativo*”. 16ª Ed. Thomson Civitas. Madrid, 2013. Pág. 91y 93.

⁷³⁸ CAPÍTULO PRIMERO
Fuentes del Derecho
Artículo 1

3.1.Su relación con los principios de: Buena fe, confianza legítima y *non venire factum proprium*

Tanto el *non venire* como la confianza legítima⁷³⁹ constituyen derivaciones del más general principio de buena fe, que como espina dorsal sostiene toda la arquitectura del ordenamiento⁷⁴⁰.

El principio de buena fe rige con carácter general en todas las relaciones jurídico-privadas. Además, tanto el principio de buena fe como el de confianza legítima están consagrados en el art. 3.1 *in fine* LRJPAC⁷⁴¹. DIEZ SASTRE⁷⁴² señala un ejemplo en el ámbito de la

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

⁷³⁹ AMÉRIGO ALONSO, J.: “Principio de confianza legítima” y GIL IBAÑEZ, J. L. “La confianza legítima como principio recto de las actuaciones administrativas de la Comisión Europea”. En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCÍA (Director), Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012.

⁷⁴⁰ Según la Sentencia del Tribunal supremo del 22 de abril de 1967, la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable. Véase SORIANO GARCÍA, J. E: “Non venire contra factum proprium (un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del derecho)”. En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pastor. Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010.

⁷⁴¹ Artículo 3. Principios generales:

1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

⁷⁴² DIEZ SASTRE, S: “¿Las instrucciones internas de contratación vinculan?”. Revista española de Derecho Administrativo. Número 150. Abril-junio 2011. Pág 361-387

contratación pública que a los efectos de ilustrar su relación el Derecho suave, resulta ilustrativo:

«La aplicación del principio de buena fe parte del reconocimiento del carácter no vinculante de las *instrucciones* podría funcionar como sigue: la publicación obligatoria de las instrucciones puede crear en los licitadores la confianza de que se seguirán las reglas de adjudicación contendidas en ellas. Del mismo modo que pueden suscitarse confianzas en el cumplimiento de las instrucciones si el ente adjudicador expresa su voluntad de someterse a ellas. Cuando después el ente adjudicador no cumple con esas expectativas, vulnera la confianza del licitador en que se actuaría conforme a las instrucciones. Con ocasión de la confianza suscitada, el licitador pudo realizar gastos o desechar otras oportunidades de negocio en la creencia de que, conforme a las reglas de las instrucciones, se podría obtener efectivamente el contrato. El principio de buena fe llevaría en estos casos a la obligación del ente adjudicador de indemnizar por los daños patrimoniales sufridos»⁷⁴³

Todo este ramillete de principios, perfectamente aplicables para el derecho suave como pudimos ver en el ejemplo anterior, constituyen límites al ejercicio del poder de la propia autoridad de competencia –poder jurídico en el caso de la confianza legítima, poder fáctico en caso del *non venire*-, de forma tal que si su actuación inicial era aparentemente correcta, lícita y atribuía en principio legalmente un acto favorable al administrativo, luego no podrá por vía de hechos o conductas proceder o desconocer e inaplicar su propio Derecho suave.

La diferencia entre la confianza legítima con el *non venire*, dentro de que ambos principios son manifestaciones externas (frente a terceros) de los efectos de la buena fe, desde la perspectiva de su utilidad y finalidad, es doble: a) aquélla se mueve más en el plano directo de los actos jurídicos, habiendo desplazado hoy a lo que anteriormente cubría el *non venire*, mientras queda reducido el *non venire* mas al ámbito de los hechos propiamente tales, no tanto a los actos administrativos *strictu sensu* y, b) el *non venire* no pretende congelar potestades administrativas ni petrificar el ordenamiento ni establecer una abrogación singular en homenaje a la apariencia razonable basada en una legítima expectativa, sino que

⁷⁴³. En igual sentido, véase las reflexiones de SARMIENTO respecto a las condiciones para que el *soft law* genere responsabilidad patrimonial y el daño imputable por la infracción del *soft law*, consultar en SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: El soft law administrativo...*Óp. Cit.* Pág. 198 al 205.

se sitúa en el plano más elemental de la contradicción mínima entre una actuación y la subsiguiente; no es un límite a las potestades innovadoras de la Administración, sino a que su conducta sea incongruente⁷⁴⁴.

De ahí que el *non venire* no alcance a la potestad reglamentaria, mientras que sí lo hace el principio de confianza legítima. Su misión no es hibernar una determinada situación fundando tal congelación en el mantenimiento de una palabra dada normativamente por el Estado; su cometido y finalidad es lograr el mantenimiento de la congruencia en la conducta pública, evitando vaivenes administrativos que afecten a la seguridad jurídica, en cuanto técnica concreta de protección de derechos e intereses del administrado⁷⁴⁵.

¿Qué pasa con un acto de Derecho suave de la que luego la Administración que la dictó se quiere desligar?, ¿Qué pasa si el administrado resulta beneficiado por ese acto y quiere mantenerlo, sea contra la propia Administración o contra terceros?

Cuando se ha producido en la realidad una modificación jurídica de la que después la Comisión o la autoridad nacional de competencia se pretende apartar, el principio del *non venire contra factum proprio*, constituye un límite al ejercicio del poder de la Administración, de forma tal que si su actuación era aparentemente correcta, lícita y atribuía un acto de Derecho suave favorable al administrado, luego no podrá por vía de hechos o conductas proceder o desconocer e inaplicar dicho acto imaginario⁷⁴⁶.

Existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este sentido, la cual será desarrollada in extenso en el siguiente capítulo, sin embargo, merece la pena adelantar que en numerosas sentencias, el TJ ha afirmado que la Comisión se auto limita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de violar los principios generales del Derecho, en particular, la igualdad de trato y la protección de la confianza legítima y que no puede apartarse de las reglas de conducta establecidas en sus

⁷⁴⁴ SORIANO GARCÍA, J. E: “Non venire contra factum proprium *Óp. Cit.* Pág. 435.

⁷⁴⁵ *Ídem*

⁷⁴⁶ *Ibidem.* Pág. 429 y 441.

instrumentos de Derecho suave vulnerando los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica⁷⁴⁷

ESCUDERO⁷⁴⁸ señala que:

Las normas de soft law pueden configurarse como principios generales del Derecho, dado su carácter de parámetro interpretativo del Derecho, por un lado, y de instrumento que refleja el propósito o voluntad de los sujetos o entidades afectadas. Así pues, cumplirían la función que el Derecho atribuye a los principios generales del Derecho a la hora de ubicarlos en el catálogo de fuentes del Derecho: complementar el ordenamiento jurídico»

Las normas de Derecho suave pueden configurarse como principios generales del derecho, dado su carácter de parámetro interpretativo del derecho, por un lado, y de instrumento que refleja el propósito o voluntad de los sujetos o entidades afectadas. Así pues, cumplirían la función que el derecho atribuye a los principios generales del derecho a la hora de ubicarlos en el catálogo de fuentes del derecho: complementar el ordenamiento jurídico⁷⁴⁹.

3.2.Su relación con el principio de seguridad jurídica

Puede definirse la seguridad jurídica como la confianza que tiene al ordenamiento jurídico de un Estado el ciudadano, es decir, al conjunto de leyes que garantizan la seguridad y el orden jurídico⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ Sentencia de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11. Conforme a las Sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C 189/02 P, C 202/28 P, C 205/02 P a C 208/02 P y C 213/02 P, Rec. p. I 5425), apartado 211; de 10 de diciembre de 1987, Del Plato y otros/Comisión (181/86 a 184/86, Rec. p. 4991), apartado 10; de 9 de octubre de 1984, Adam y otros/Comisión (80/81 a 83/81 y 182/82 a 185/82, Rec. p. 3411), apartado 22; y de 15 de enero de 2002, Libéros/Comisión (C 171/00 P, Rec. p. I 451), apartado 35, el Tribunal de Justicia afirma que al publicar estas reglas, la Comisión se auto limita en el ejercicio de su discrecionalidad y no puede alejarse de esas pautas sin motivación. En otro caso, habría que sancionarla por violación de principios jurídicos, como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima.

⁷⁴⁸ ESCUDERO, R.: “El concepto de Soft Law... Óp. Cit. Pág 107.

⁷⁴⁹ *Ibidem*. Pág 137; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: *El soft law administrativo... Op. Cit.* Pág. 85, ALONSO GARCÍA, R.: “El soft law comunitario... Óp. Cit. Pág. 68 y 79.

⁷⁵⁰ DIAZ ABAD, N.: “El principio de seguridad jurídica”. En VVAA En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCÍA (Director), Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012. Pág. 125.

La seguridad jurídica evoca inmediatamente certeza o certidumbre del Derecho, es decir, de las reglas y técnicas o instrumentos jurídicos que lo integran –incluido el Derecho suave–, de modo que se conozca de antemano el sentido y las formas de su interpretación y aplicación⁷⁵¹.

No puede admitirse que tanto la Comisión como la autoridad nacional de competencia, emita declaraciones de voluntad y conocimiento gratuitamente, sin vinculación alguna a sus actos. Si los particulares se vinculan a sus actos en el tráfico jurídico ordinario, resulta un tanto paradójico que los poderes públicos –que tienen una especial vinculación a la ley como fundamento habilitador de sus actos– en cambio puedan obviar por completo sus declaraciones previas. Precisamente por este motivo debe exigirse del poder público, en aras de la seguridad jurídica, que sus actos informales de carácter regulador surtan efectos cuando de su contenido se desprenda una auto-vinculación⁷⁵².

Una importante labor del Derecho suave se da en la medida en que aumenta la seguridad jurídica al dotar de previsibilidad a los operadores económicos, que, conociendo las reglas de actuación de la Comisión y de la CNMC, pueden anticipar la aplicación del Derecho de la competencia al caso concreto al que deberán adaptar las disposiciones conforme a las indicaciones de su Derecho suave.

Finalmente, se puede concluir que la presencia de *soft law* puede también determinar la entrada misma en juego de principios generales del Derecho dotados, éstos sí, de fuerza jurídica vinculante respecto del propio autor del *soft law*, impregnándose de la fuerza obligatoria propia de éstos. Piénsese, por ejemplo, en la posible entrada en juego de principios como el de *non venire contra factum proprium* o el de protección de la confianza legítima, que impedirían a las Instituciones comunitarias apartarse sin más del marco de referencia establecido vía *soft law*⁷⁵³.

⁷⁵¹ BERMEJO VERA, J: “El principio de seguridad jurídica” En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pastor. Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010. Pág. 84-107.

⁷⁵² SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D: El soft law administrativo. Op. Cit. Pág. 88

⁷⁵³ ALONSO GARCÍA, R.: “El *soft law* comunitario... *Óp. Cit.* Pág. 84.

CONCLUSIONES

La presente tesis doctoral responde a las tres hipótesis planteadas, conforme a las conclusiones que se detallan a continuación.

PRIMERA: De nuestra investigación, hemos podido obtener los siguientes elementos del Derecho suave, los cuales nos permitieron configurar un decálogo que resume bien todas las técnicas de aproximación al objeto de nuestro estudio a la par que nos permite obtener una especial y diferenciada categoría del ordenamiento jurídico.

1. Carece de efecto estrictamente vinculante de carácter general,
2. Establecen estándares de conducta y actuación, sin que su carencia de efecto estrictamente vinculante las excluya del ámbito del Derecho,
3. Tiene origen público y por tanto nos referimos a lo que denominaremos el efecto vertical del Derecho suave,
4. Debe estar publicado en el sentido de que tiene que tener difusión de público conocimiento, sin necesidad sin embargo de cumplir con el requisito tradicional que se incluyan en el Diario oficial de la Unión Europea, boletines oficiales de los Estados, boletines de las Comunidades autónomas o ayuntamientos.
5. Tiene “efectos medida”, el efecto más certero del Derecho suave es constituir lo que hemos denominado un efecto quasivinculante, un efecto medida que se examina caso por caso. Por tanto, hay que medir en cada caso el alcance, extensión y límites de cada instrumento de Derecho suave. En todo caso, están destinados a la totalidad de la comunidad jurídica, es decir, no son instrumentos singulares como los “actos atípicos” sino que tienen pues, alcance general.
6. Puede ser impugnados ante los Tribunales y tienen valor interpretativo para el juez,
7. Su producción genera expectativa de cumplimiento, nacen para ser cumplidos. Sería un iter inutilis malgastar los ingentes esfuerzos de toda índole en su producción para que después carecieran de efectos jurídicos. Son Derecho y no pertenecen al orden moral, social o psicológico.
8. La autoridad queda vinculada a su propio Derecho suave. Hay que añadir que la tradicional distinción entre efectos *ad intra* y efectos *ad extra* puede ser un cómodo

expediente didáctico para aproximarse a una primera descripción de este fenómeno del Derecho suave. No obstante, y cada vez más, esa división deja de ser tajante ya que, los terceros que encuentren un defecto o mala práctica en el ámbito interno, no vacilarán en exigir, en el orden externo, la anulación del acto basado en una defectuosa aplicación interna del instrumento de Derecho suave.

Basta señalar, como se hace a lo largo de la tesis doctoral, el clásico ejemplo de los Códigos de buena conducta, cuya violación puede acarrear, además de una posible exigencia de responsabilidad, la propia anulación del acto.

9. Contribuye a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de la actuación de la autoridad que lo emite. Apartarse de un instrumento de Derecho suave, exige una motivación bastante. Esto es, que se justifique la alteración normativa que viene a superar, quizás a derogar en el sentido estricto- el instrumento en que el Derecho suave consiste.
10. Su presencia determina la entrada en juego de principios generales del Derecho dotados, estos sí, de fuerza jurídica estrictamente vinculante

SEGUNDA: De la elaboración del decálogo de los elementos esenciales del Derecho suave, hemos obtenido la siguiente definición: *“categoría del ordenamiento jurídico formada por instrumentos estrictamente no vinculantes de ordenación de conductas pero con voluntad reguladora por parte del poder público, de variada configuración y con efectos jurídicos propios, los cuales autovinculan a la autoridad que las emite y pueden ser impugnados ante los Tribunales”*.

TERCERA: El Derecho suave es Derecho.

Prueba evidente de que el Derecho suave es Derecho es que, de no serlo, nos encontraríamos con un *“iter inutilis”*, un camino que no va a ninguna parte y que supondría un despilfarro, casi una malversación de los ingentes recursos públicos, humanos, organizativos, presupuestarios, que es necesario dedicar para lograr la generación de un instrumento de Derecho suave. No se trata de perder el esfuerzo y el tiempo en realizar tales instrumentos, sino que las autoridades y órganos que los producen, tienen bien

presente todo el tiempo, su extraordinario valor tanto en el plano de la interpretación, como inclusive en el de la aplicación.

Tienen pues un efecto “quasivinculante”, un “efecto medida” porque hay que analizarlos en cada caso, pero siempre será un efecto jurídico, no de ningún otro orden. Y, finalmente, tienen un carácter creciente, por cuanto que cada vez son más los instrumentos de Derecho suave que se van generando en los distintos sectores del Derecho público, y expansivo, porque no hay forma de esquivar su aplicación, por lo que van paulatinamente ocupando campos que hasta este momento estaban huérfanos de toda regulación.

Ciertamente, no resulta todavía vinculante de forma que los distintos instrumentos genéricamente calificados como de Derecho suave, no permiten afirmar sin más que surjan las tradicionales obligaciones y deberes que configuran una típica norma jurídica. Y, sin embargo, sí tienen algún efecto normativo; es decir, no son en modo alguno indiferentes para el Derecho. Dicho de otro modo, no habrá ningún intérprete jurídico, sea el abogado, el juez, el administrador, que no tenga que tener presente siempre y en todo caso el instrumento en que el Derecho suave consista.

Quizás la diferencia todavía existente con el Derecho tradicional consista en la *medida* de la vinculación. Esto es, la generación de efectos, puede predicarse con carácter general, en el sentido de que ya sabemos que van a existir. Pero a diferencia del Derecho tradicional, ese efecto generador de vinculación al Tribunal o a la Administración, y quizás en su caso entre particulares (aunque esencialmente nos estamos refiriendo al efecto vertical del Derecho suave, aunque hoy por hoy es un tema todavía lejano), es un efecto que hay que medir en cada caso.

El Derecho suave, pues, produce efectos que hay que medir en cada caso concreto. Dependerá del instrumento. Es lo que podemos catalogar como un efecto medida, sin que pueda pronunciarse *a priori*, una calificación del alcance completo que va a tener ese instrumento.

En resumen, no existe hipérbole alguna al afirmar que el Derecho suave es Derecho.

CUARTA: Ha quedado demostrado que la confusión respecto a la naturaleza jurídica del Derecho suave se ha debido principalmente a que muchos autores han entendido que los instrumentos de Derecho suave pretender suplir a la normativa vinculante y que dicha pretensión consistía en un arrebató de las funciones del legislador con fuertes críticas en cuanto a su legitimación.

El Derecho suave no pretende suplir a las disposiciones vinculantes, no es esa la razón de su existencia, el Derecho suave nace con la intención de interpretar y complementar la legislación, con funciones específicas dependiendo del tipo de instrumento. Por tanto, una condición esencial para su vigencia y correcta utilización, es que no se aparten del Tratado, Leyes y reglamentos, por lo que tanto la Comisión como la autoridad nacional de competencia deberán cuidarse de no incluir en los instrumentos de Derecho suave disposiciones normativas ni reglas que van más allá del armazón previsto por el legislador ni suplir o derogar disposiciones legales vigentes.

Quedan así descartadas las afirmaciones de que el Derecho suave es una especie de zona gris entre un Derecho fuerte y un Derecho blando, o un conjunto de instrumentos heterogéneos e híbridos que pretenden cubrir lagunas jurídicas suplantando el sistema tradicional de fuentes del Derecho, podemos rescatar al Derecho suave de esa especie de limbo jurídico que aportaba más sombras que luces respecto a su existencia.

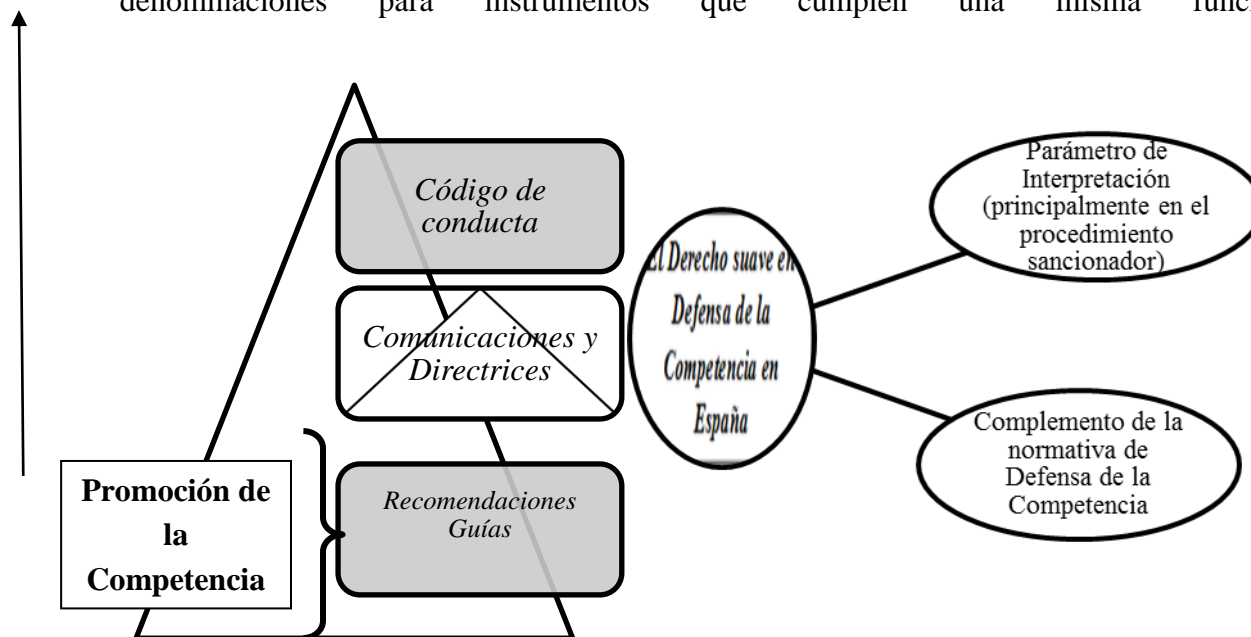
QUINTA: La principal función del Derecho suave en el ámbito de la defensa de la competencia es la de brindar mayor transparencia al Derecho de la competencia, clarificándolo, interpretando o complementándolo, dependiendo del tipo de instrumento. Nacen para ser parámetros de interpretación —especialmente en el procedimiento sancionador- y complemento de la normativa de la defensa de la competencia y en este sentido orientan o establecen reglas indicativas de cómo debe aplicarse el Derecho de la competencia.

Así, las funciones del Derecho suave son: brindar transparencia, previsibilidad y seguridad jurídica de actuación, generando los siguientes efectos jurídicos como categoría particular del Derecho de la competencia:

- a) disminuir la discrecionalidad de la Comisión y la CNMC, auto vinculándolas a la su propio Derecho suave, del cual no pueden apartarse sin motivar bajo riesgo de ser sancionada por violación del principio de confianza legítima.
- b) aumentar la certeza jurídica al aplicar un Derecho de la competencia más uniforme
- c) aumentar la seguridad jurídica al dotar de previsibilidad a los operadores económicos, que, conociendo las reglas de actuación de la Comisión y de la CNMC, pueden anticipar la aplicación del Derecho de la competencia al caso concreto al que deberán adaptar las disposiciones conforme a las indicaciones de su Derecho suave

SEXTA: Los instrumentos de Derecho suave (europeo y español), ordenados por categorías según sus efectos jurídicos, tienen funciones específicas en el Derecho de la competencia. Al haber agotado todos los instrumentos dictados por la Comisión, CNC y CNMC que ingresan a la categoría del Derecho suave, los hemos categorizado conforme a su correspondiente función.

Cada uno de los instrumentos de Derecho suave debe estar vinculado a un propósito determinado y a una función específica, intentando con ello evitar diferentes denominaciones para instrumentos que cumplen una misma función.



* Pirámide de Derecho suave de la Defensa de la Competencia

SÉPTIMA: La correcta utilización del Derecho suave por parte de las autoridades de competencia, aplicado conforme a los parámetros descritos, representan una importante categoría del Derecho y cumplen un papel fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

ABBI-SAAB, G: “*Éloge du droit assourdi*”, en AAVV, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommages à François Ripuix*, Bruxelles, 1993

ALARCÓN GARCÍA, G: “*El soft law en el sistema fiscal español*”. Noticias de la Unión Europea. Número 292. Año XXV. Mayo 2009

ALARCON GARCÍA, G: “*El soft law y nuestro sistema de fuentes*”, en ARRIETA, M.A Y ZORNAZA, J (Directores), *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, vol. 1. Ed. Aranzadi. Pamplona 2010

ALBERTI ROVIRA, E.: “*La delimitación de las competencias entre la unión y los estados miembros*”. Revista de Estudios Políticos. Número 119. Enero/Marzo 2003.

ALDESTAM, M: “*Soft Law in the State Aid Policy Area*”, in *Soft Law in Governance and Regulation. An interdisciplinary Analysis*. Edited by Ulrika Mörtz. Ed. Edward Elgar Publishing Limited. UK, 2004.

ALEXY, R.: “Una defensa de la fórmula de Radbruch” en Anuario da Facultade de Dereito. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf;jsessionid=9B444B6DA841D3A9B89325F4DB85F8F6?sequence=1> [Disponible en línea].

ALFONSO RUIZ, Miguel (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*. Editorial Trotta, S.A. Madrid, 2014.

ALONSO GARCÍA, E: “*Instrumentos públicos para la protección ambiental*”, en ALONSO GARCÍA, E Y LOZANO CUTANDA, B: *Diccionario de Derecho ambiental*. Ed. Iustel. Madrid, 2006. Pág. 771

ALONSO GARCÍA, R.: “*El soft law comunitario*”, Revista de Administración Pública, núm. 154, enero-abril 2001

ALONSO GARCÍA, R.: “*Sistema jurídico de la Unión Europea*”. Ed. Arazandi S.A., tercera edición, Cizur Menor, 2012

ALONSO GARCÍA, R.: *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2014

AMÉRIGO ALONSO, J.: “Principio de confianza legítima”. En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCÍA (Director), Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012

ANEIROS PEREIRA, J: “*Soft law e interpretación: las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia*”. Crónica tributaria: Boletín de anualidad 6/2011. Instituto de Estudios Fiscales.

ARIÑO ORTIZ, G: “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”. *Revista de Administración Pública*. Número 182. Pág. 9-37. Mayo/agosto, 2010.

ARIÑO ORTIZ, G: “*Regulación económica y modelo de Administración*”. En VVAA *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Páginas 71

ARIÑO, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. “*Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión*”. En: Working Paper N° 42. Madrid, 18 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.arinoyvillar.com/libros/WPweb/WP42.pdf> [En línea]. (Consultado 28/04/2013).

ARZOZ SANTISTEBAN, X: “*Interpretación conforme*”. En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pasto. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010

ATIENZA, M: “*Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*”. *Revista del Derecho*. Núm. 4. 1998. Páginas 212- 216

AUBY, J-B.: “Globalización y descentralización”. *Revista de Administración Pública*. Número 156. Setiembre-diciembre 2001.

ÁVILA DE GRADO, P.: “*El Derecho de la Competencia y las Administraciones Públicas*”. Jornadas de Derecho de la Competencia en el ámbito de las Administraciones Públicas en Extremadura. Mérida, 20 de octubre de 2010. Disponible en <http://juradocompetenciaextremadura.gobex.es/jornadasyponencias/ponenciapalomaavila.pdf>. [En línea]

AVILA DE GRADO, P.: “*El papel de la Comisión Nacional de la Competencia en la actividad de regulación de las Administraciones Públicas*” en VVAA “Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas”. GUILLEN CARAMÉS, J (Director). Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011.

AVILA DE GRADO, P.: “*El papel de la Comisión Nacional de la Competencia en la actividad de regulación de las Administraciones Públicas*” en VVAA “Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas”. GUILLEN CARAMÉS, J (Director). Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011.

AZOFRA PARRONDO, j. L y JÖRGENS, KOSTANTIN, J.: “La cuantificación de sanciones en derecho de la competencia en España a raíz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista Aranzadi*. Unión Europea. Marzo 2015;

AZOFRA, J. L.: “*La CNC aprueba dos comunicaciones sobre tramitación convencional de expedientes sancionadores y sobre los supuestos de formulario abreviado de concentraciones*”. En GARRIGUES, Antitrust Newsletter. Número 24. noviembre 2011 http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Boletines/Documents/Antitrust_Newsletter_24_es.pdf. [En línea]

BAÑO LEÓN, J. M.: “*Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia*”. En VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. Pág. 255-265

BERENGUER FUSTER, L.: “*Conclusiones*”. En VVAA *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Ed Marcial Pons. Madrid, 2010.

BERENGUER FUSTER, L.: “*Estructura institucional y procedimiento en la Ley de Defensa de la Competencia*”. En VVAA *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Ed Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 237- 266

BERENGUER FUSTER, L.: “*La Promoción de la Competencia, un instrumento alternativo*”, Conferencia inaugural de las Jornadas sobre Promoción y Defensa de la Competencia. Mérida, 17 de noviembre de 2009. Disponible en <http://juradocompetenciaextremadura.gobex.es/jornadasyponencias/ponencialuisberenguer.pdf>. [En línea]

BERENGUER FUSTER, L.: “*Los procedimientos en materia de Defensa de la Competencia*”. En VVAA *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Ed Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 267-288.

BERMEJO VERA, J: “*El principio de seguridad jurídica*” En VVAA: Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo. Juan Alfonso Santamaría Pastor. Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010

BETANCOR RODRIGUEZ, A: “*Las administraciones independientes*”. Ed. Tecnos, S.A. Madrid 1994

BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*. Ed. Debate. Madrid, 1990

BOIX PALOP, A: “*La McDonalización del ordenamiento jurídico*”. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana. Número 0/2001. Páginas 60-71

BORCHARDT, Klaus-Dieter: “*El ABC de la Unión Europea*”. Ed. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo, 2011

BROWN WEISS, E: “*Conclusions: Understanding Compliance with Soft law*” in SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000

CALLOL, P.: “Presente y futuro de la disuasión de los cárteles y otras prácticas anticompetitivas en España a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo enjuiciando el método de cálculo de multas de la CNMC”, en *VVAA Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*. RECUERDA GIRELA, M. A (Coord). Ed. Aranzadi. Madrid, 2016.

CARLON RUIZ, M: “*El principio de proporcionalidad*”. En *VVAA: Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pastor. Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010.

CHARNEY, J: “*Compliance with International Soft law*”, in SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000

CHINKIN, C. M: “*Normative Development in the International Legal System.*”, in SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000

CINI, M., *The Soft law Approach: Commission Rule-Making in the EU's State Aid Regime*, Journal of European Public Policy, nº 8, 2001

CUERDO MIR, M y BRIONES ALONSO J.: “Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia” en *VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013

DAMTOFT, R.: “*When Firms Ask the State to Squelch Competition: The Role of Advocacy*”. Santiago, Chile October 29, 2004

DARNACULLETA I GARDELLA, M: “*Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*”. Ed. Marcial Pons. Madrid 2005

DE LA CÚETARA MARTÍNEZ, J. M: “Uso y abuso del Derecho indicativo en la regulación económica”. En *VVAA Derecho Administrativo y Regulación económica*. Liber

Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz. De la Cuétara Martínez y Martínez López- Muñiz (Coordinadores). Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2011.

DE LA QUADRA SALCEDO, T. *Perfiles europeos y conceptuales de las autoridades reguladoras y de su estatuto. La cuestión de su independencia*. En VVAA, CARLÓN RUIZ (Directora). *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Civitas-Thomson Reuters.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. “A la Confusión por la fusión. La pérdida de independencia de los organismos regulatorios no asegura nada bueno”. El País. Disponible en http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html [En línea].

DEL TORO, I: *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional IV, 2006.

DESDENTADO DAROCA, E: “El principio de interdicción de la arbitrariedad”. En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pastor. Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010.

DIAZ ABAD, N.: “El principio de seguridad jurídica”. En VVAA En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCÍA (Director), Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012

DIEZ SASTRE, S: “¿Las instrucciones internas de contratación vinculan?”. Revista española de Derecho Administrativo. Número 150. Abril-junio 2011. Pág 361-387

DUPUY, R. J: “*Droit déclaratoire et droit programmatique: de la coutume sauvage à la soft law*”, en VVAA, *L'élaboration du droit international public*, Toulouse: Societé Françoise pour le Droit international, 1975.

ESCUADERO, R. “El concepto de Soft Law” en MORESO, J. J., MARTÍ J. L: “Contribuciones a la filosofía del Derecho”. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2012

ESTEVE PARDO, J: “*Autorregulación. Génesis y efectos*”. Ed. Pamplona, 2002

FERNADEZ RODRIGUEZ, T. R.: “*La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticoncurrenciales*”. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. Número 11. Año 2012. Pág. 35-47.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R: “*Los poderes normativos del Banco de España*”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil. Número 13. Año IV. Enero-marzo 1984.

FERNANDEZ ROZAS, J. C.: *Sistema de Derecho económico internacional*. Ed. Civitas. Madrid, 2010.

FERNANDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*. Ed. Civitas. Novena edición. Madrid, 2016.

FERNANDEZ ROZAS, J. C Y ASENSIO MIGUEL, P. A.: *Derecho internacional privado*. Ed. Thomson Reuters. Sexta edición. 2017

FERNANDEZ ROZAS, J. C, ARENAS GARCÍA, R, MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de los negocios internacionales*. Ed. Iustel. 5ta Edición. Madrid, 2016

FERNANDEZ, T.R: “*Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes*”. En *VVAA Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Páginas 427-439

FERNANDEZ, T.R: *De la arbitrariedad de la Administración*. Ed. Civitas. Madrid, 2008

FERRAJOLI, L: “*Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*”. Ed. Trotta. Madrid, 2011

FRYKMAN, H and MÖRTH, U: “*Soft law and three notions of Democracy: The case of the UE*”. in *Soft Law in Governance and Regulation. An interdisciplinary Analysis*. Edited by Ulrika Mört. Ed. Edward Elgar Publishing Limited. UK, 2004. Page 155.

FUERTES, M: “*Las «Cartas- Circulares» boca arriba*”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil. Número 74. Año XVIII. Abril- Junio 1999

GARCÍA DE ENTERRIA, E y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R: “*Curso de Derecho Administrativo*”. 16^a Ed. Thomson Civitas. Madrid, 2013

GARCÍA DE ENTERRÍA, E: “*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*”. Ed. Civitas, Madrid 1999

GARCÍA DE ENTERRIA, E: “*Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4. Número 10. Enero-abril 1984

GARCÍA PELAYO, M: “*El Estado social y sus implicaciones*” en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 1^aed. Alianza. Madrid 1987. Pág. 63 e *ídem*, “*Sociedad organizacional y sistema político*, *Ibídem*. Pág. 117

GARCÍA ROCA, J. “*Artículo 61*”, en REQUEJO, J.L (Coordinador) *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, 2001. Pág 981

GARCÍA-MANZANO JIMENZ DE ANDRADE, P: “*Los reglamentos de las Administraciones independientes. Sector financiero- Reguladores y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- Autoridades de protección*”. Ed. Aranzadi, S. A. Navarra, 2013

GERSEN, J. E y POSNER, E.A: *Soft Law*. Public Law and Legal Theory Paper, 2008.

GIL IBAÑEZ, J. L. “*La confianza legítima como principio recto de las actuaciones administrativas de la Comisión Europea*”. En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCÍA (Director), Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012.

GOMEZ-FERRER RINCON, R.: “*El soft law comunitario en materia de telecomunicaciones*”. Revista Española de Derecho Europeo. Número 8, año 2003

GONZALEZ BOTIJA, F.: “*Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción Contencioso-Administrativa*”. Revista de Administración Pública. Número 167. Mayo/Agosto 2005. Págs. 223-251

GUILLÉN CARAMÉS, J.: “Transparencia y acceso a la información pública en el Derecho de la Competencia”, en VVAA *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*. VALERO, J. y FERNANDEZ, M. (Coordinadores). Ed. Aranzadi. Madrid, 2014

GUILLÉN CARAMÉS, J.: *Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013.

GUILLÉN CARAMÉS, J. *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*. GUILLÉN CARAMÉS, J. (Coordinador). Ed. Aranzadi. Madrid, 2015.

GUTIERREZ HERNANDEZ, A. Y GUERRA FERNANDEZ, A.: “*Primeras experiencias en la aplicación del Programa de Clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia*”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada. 2011

GUZMAN ZAPATER, C y FORNELLES DE FRUTOS, J.: “*La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC*”. En Working Paper IE Law School. A.18-197. 12 de marzo de 2013. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407052. [En línea]

GUZMAN ZAPATER, C.: “*Primeras experiencias en la aplicación del Programa de Clemencia en España*”. Jornada Anual de la AEDC. Madrid, 2010

GUZMAN ZAPATER, C.: “*La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia: experiencia y retos*”. En Anuario de Competencia, Año 2009. Ed. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 2010

HILLGENBERG, H., *A Fresh Look at Soft law*, *European Journal of International Law*, nº 10, 1999

HILLGENBERG, H: *A Fresh look at Soft Law*. European Journal of International Law, número 10, 1999.

HUERTA TROLEZ, J: “*La terminación convencional y la vigilancia de las resoluciones de la CNC*”. En VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. Pág. 243-265

J KLABBERS, *The Redundancy of Soft Law*. Nordic Journal of International Law. Número 65, 1996. Pág. 167-182.

KLABBERS, J. “The Undesirability of Soft law”, Nordic Journal of International Law, núm. 36, 1998

LAMADRID DE PABLO, A: “*El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado*”. Serie de documentos de trabajo de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos. Madrid 2005

LAPORTA F.: “Gobernanza y Soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional” en ALFONSO RUIZ, Miguel (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*. Editorial Trotta, S.A. Madrid, 2014

LAPORTA, F: “*El imperio de la ley: una visión actual*”. Ed. Trotta. Madrid, 2007

LENCE, C.: “*Procedimiento en el Derecho Comunitario*”. En BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P y HERNANDEZ RODRIGUEZ, F. (Coordinadores): “*Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español*.”. Ed. Aranzadi, S.A. Navarra, 2009

LILLO ÁLVAREZ, C.: “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”. *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*. Núm. 15, 2014. Pág. 51-82;

LIÑÁN NOGUERAS, D.J: “*El sistema de normas y actos en la Unión Europea*”. Volumen 2. En *Instituciones y Derecho De la Unión Europea*. 4ta Edición. Ed. Tecnos. Madrid,

2004. Pág. 374. Respecto a los efectos de los actos atípicos a la luz de la jurisprudencia comunitaria

LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: “*El sistema de normas y actos en la Unión Europea*”. Volumen 2. En *Instituciones y Derecho De la Unión Europea*. 4ta Edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2004.

LÓPEZ GALDÓS, M: “*Proyecto de Ley para la Creación de la Comisión de Mercados y Competencia: Comentario desde una perspectiva institucional comparada*”. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Número 31. Enero- Febrero 2013.

LOZANDO CUTANDA, Blanca: *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero del 2015: los porcentajes sobre el volumen de negocios del artículo 63.1 LDC son la cifra máxima de las multas de defensa de la competencia, pero se calculan sobre todas las actividades de la empresa infractora*. Febrero 2015. Disponible en línea en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-del-2015.pdf> [En línea]

MAILLO GONZALEZ-ORÚS, J. y MILLA MARÍN, P.: “*50 años de lucha contra los cárteles en España y perspectivas de futuro*”. Call for papers: “Medio siglo de aplicación de las normas de competencia en España”. 14 de junio de 2013.

MARCILLA CÓRDOBA, G: “*Racionalización legislativa: crisis de la ley y la nueva ciencia de la legislación*”. Ed. 2005

MARCOS, F.: “El futuro de las multas antitrust en España: claroscuros de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015” *Observatorio Permanente sull'applicazione delle regole di concorrenza*. Publicado el 25 febrero 2015. Disponible en <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/el-futuro-de-las-multas-antitrust-en-espana-claroscuros-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-de-2015/> [En línea]

MARÍN QUEMADA, José María: *La Comisión Nacional De Los Mercados Y La Competencia: Una nueva etapa para la competencia y la supervisión regulatoria en España*. Revistas ICE. Enero- febrero 2014. Número 876. Pág. 7-17.

MARTINEZ GARRIDO, S.: “*Técnicas de regulación: regulación mediante soft law*”. En VVAA “*Cuadernos para ingenieros*”. Volumen 15. Tema: “*Regulación*”. AGUNDEZ, M. A., MARTINEZ-SIMANCAS, J. (Coordinadores). Ed. La ley. Coeditado por Iberdrola y el Colegio de ingenieros ICAI. España, 2012. Págs. 17-36

MARTINEZ LAGE, S.: “*La sanción es el fracaso del sistema*”. Artículo en prensa. Fecha 12 de mayo de 2014. Disponible en http://cincodias.com/cincodias/2014/05/12/empresas/1399911673_899965.html. [En línea]

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. y SORIANO GARCÍA, J. E.: “Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía Sostenible en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Nº 22, 2011. Pp. 9-21.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S: “*Derecho Administrativo Económico I*”. Ed. Distribuciones de la ley. Madrid, 1988.

MASÍA, J. y JIMENEZ-LAIGLESIA OÑATE, J. M.: “*Promoción de la Competencia*”, en VVAA “*Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*”. GUILLEN CARAMÉS, J (Director). Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011

MAZUELOS, A.: *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*. Revista electrónica de Estudios Internacionales, 8: 1-40, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces> [fecha de última consulta 8 de diciembre 2013]

MEDINA ORTEGA, M.: “*Reglas indicativas de conducta*”, En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCÍA (Director), Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012

MEDINA ORTEGA, M.: “*Soft Law: su relevancia como instrumento jurídico de la Unión Europea*”, en J.M. BENEYTO PÉREZ, Dir., y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS y B. BECERRIL ATIENZA, Coords., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*,

T.IV, *Las fuentes y principios de la Unión Europea*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 263-344.

MENÉNDEZ, U: “*Guía práctica de la ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”. Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3842/documento/guiaPractica4Junio2013.pdf?id=4641>. [En línea]. (Consultado 25/04/2014)

MIR PUIGPELAT, O: “*Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*”. Ed. Thomson Civitas. Madrid, 2004

MOLES I PLAZA, R: “*Derecho y calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*”. Ed. Ariel S.A. Madrid, 2001

MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

MONTORO BALLESTEROS, A.: “Sobre los riesgos del tecnicismo jurídico en la moderna Teoría del Derecho”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 12. 2011. Pág. 137-234.

MONTORO BALLESTEROS, A: “*La costumbre en el ordenamiento jurídico. La integración de las lagunas legales*”. *Revista de las Cortes Generales*. Número 54. Año 2001. Pág. 145-157

MORENO REBATO, M: “*Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico*”. *Revista de Administración Pública* número 147. Año 1998

MOROTE SARRIÓN: “*Las circulares normativas de la Administración Pública*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001

MÖRTH, U: “*Soft law in Governance and Regulation*”. Ed. Edward Elgar Publishing Limited. UK, 2004

Multas por incumplir el Derecho de la Competencia. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf

MUÑOZ MACHADO, S *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I.* 1ª ed. Thomson Civitas. Madrid. 2004.

MUÑOZ MACHADO, S: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público I. La Formación de las Instituciones Públicas y su Sometimiento al Derecho.* Segunda Edición. Iustel. Madrid. 2006.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo.* 3ª edición. CRITICA S.L. Barcelona. 2012.

OHLHAUSEN, M. “*Nurturing Competition Regimes: Evaluation and Evolution*”. China Competition Policy Forum. July, 2013.

ORTEGA BENARDO, J: “*Soft law & Antitrust law. Comentario a la STS de 29 de enero de 2015 en su valoración de los criterios de soft law que aplica la CNC (actual CNMC)*”. Comunicación para la 1ª Jornada Anual. Junio 2015. Red Académica de Derecho de la Competencia (RADC). Disponible en <http://www.observatorioantitrust.eu/es/wp-content/uploads/2015/06/Ortega-Soft-Law-Antitrust-Comunicacion-RADC-25.06.2015.pdf>. [En línea]

PADRÓS REIG, C: “*Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos ad extra de las autoridades de Defensa de la Competencia en el control de los cárteles*”. Documentos de Trabajo. Serie Política de la Competencia. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo. Número 38/2013.

PALOMAR OLMEDA, A: “*Algunos instrumentos para la redefinición de Derecho Público del futuro*”. Revista Vasca de Administración Pública. Número 45. Mayo Agosto, Año 1996

PARADA VÁZQUEZ, J. R: “” *Las administraciones independientes*”. En *VVAA Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Pág. 653

PARADA VÁZQUEZ, J.R: “*Valor jurídico de la Circular*”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Número 2. Abril- Junio 1981.

PAREJO ALFONSO, L: “*La potestad normativa de las Administraciones independientes*”. En *VVAA Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994. Página 648

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno*. En *VVAA: Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Arévalo*. Madrid. Civitas. 1994. PP. 635-652.

PENDER, D.: “*Competition Advocacy*”. The 2nd APEC Training Course on Competition Policy Bangkok, Thailand August, 2006

PERES RIVARES, Juan Antonio: *Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas de estado*. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*. Número 21, junio 2011.

PROSPER W, *Towards relative normativity in International Law* . *American Journal of International Law*, 1983, Pág. 413-442.

PROSPER, W: “*Derecho Administrativo*”. Ed. Civitas, S.A. Madrid 1986.

RALLO LOMBARTE, A: “*La constitucionalidad de las Administraciones independientes*”. Ed. Tecnos. Madrid, 2002.

RAMON FERNANDEZ, F.R: “*El derecho civil valenciano ante la Constitución, el estatuto de autonomía y la costumbre*”. Revista Anuario de Derecho Parlamentario. Cortes Valencianas. Número 19. Año 2007. Pág. 221-310

REBOLLO PUIG, M.: “*Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno*”. Revista de Administración Pública número 125. Año 1991. Págs. 7-173

RECUERDA GIRELA, M. A (Coord). Ed. Aranzadi. Madrid, 2016; “Comentario a la Sentencia de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo. PEDRAZ CALVO, M.: La potestad sancionadora de la Autoridad administrativa de Defensa de la competencia y su control jurisdiccional”. Disponible en <file:///C:/Users/hp/Downloads/Comentario-Pedraz-a-la-sentencia-de-29-de-enero-de-2015-del-Tribunal-Supremo.pdf>. [En línea]

SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A: “*Los actos comunitarios atípicos y su incidencia en la legislación española*”. En VVAA: *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Libro homenaje a la Prof. Victoria Abellán Honrubia*. Ana María Badia Mautí, Antoni Pigrau i Solé, Andreu Olesti Rayo (Coordinadores). Volumen 2. Año 2009. Páginas 803-830

SÁENZ DE SANTA MARIA, P.A: “*Los aplicación en España de los actos comunitarios atípicos: análisis de la práctica jurisprudencial y legislativa*”. En *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*. Texto del informe, estudios y ponencias. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008

SALA ARQUER, J.M: “*El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes*”. Revista Española de Derecho Administrativo. Número 42. Año 1984. Págs. 401-422

SALA ARQUER, J.M: “*Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de Defensa de la Competencia*”. En VVAA *Derecho Administrativo y regulación. Liber Amicorum*. CUETARA MARTÍNEZ, J. M,

MARTINEZ LOPEZ, J.L, VILLAR ROJAS, F, J (Coordinadores). Ed. LA LEY grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2011

SANCHEZ MORÓN, M: “Legalidad y sometimiento a la ley y al Derecho” En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pastor. Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010

SANCHEZ NÚÑEZ, P. y PÉREZ ASENJO, E.: “*La elaboración de la comunicación de sanciones de la CNC*”. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. Número 5. Año 2009. Pág. 407-417.

SANCHEZ NÚÑEZ, P.: “Las sanciones tras la comunicación de la CNC” en VVAA, Cuestiones actuales del Procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia. GUILLÉN, J. (Director). Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. Pág. 336

SANTAMARÍA PASTOR, J. A: Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. 1999.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D “European Soft Law and National Authorities: Incorporation, Enforcement and Interference” en *The Soft Law of European Organizations*. Jean-François Flauss (Editor), Julia Iliopoulos-Strangas (Editor). Baden-Baden / Bern / Athens: Nomos / Stämpfli / Sakkoulas, 2012,

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D “La sentencia Gauwailer (c-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo”. *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Número 41. Año 2015. Pág. 101-105; *Id.* “La sentencia Gauwailer (c-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo”. *Revista española de derecho europeo*, núm. 57, 2016, págs. 63-67

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D “The Function of EU Soft Law” en *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*. Dennis Weber (Editor). Ámsterdam, 2010.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: “La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006; *Id. El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Ed. Aranzandi S.A. Madrid, 2008,

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: “*La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law*”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Ed. Aranzandi S.A. Madrid, 2008

SAURA FRUCTUOSO, C: “*El Derecho de Buena Administración y el “Due Process” Administrativo Europeo*”. En *VVAA: Procedimiento Administrativo Europeo*. José Eugenio Soriano García (Director), Amós Lorenzana Tenorio y Sandra Milena Ortiz Laverde (Coordinadores). Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012

SENDEN, L. y VAN DEN BRINK, A: *Check and Balances of Soft Law EU Rule- Making*. Documento de trabajo elaborado por la Dirección General de Política Interna de la Unión. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2012.

SENDEN, L: “Soft law in European Community Law”. Ed. Hart, Oxford y Portland. Oregon, 2004, *Id.* “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet? *Electronic Journal of Comparative Law*, núm. 91, 2005

SENDEN, L: “*Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?* *Electronic Journal of Comparative Law*, 9, 1, 2005.

SENDEN, L: *Soft law in European Community Law*. Ed. Hart, Oxford y Portland. Oregon, 2004

SHELTON, D (Ed): “*Commitment and Compliance. The role of Non- Binding Norms in the International Legal System*”. Oxford University Press, 2000

SHELTON, D: “*Editor’s Concluding note: The role of Non-binding norms in the International Legal System*”, in SHELTON (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000

SIFONTES, DOMINGO. “*Regulación Económica y Agencias Regulatorias Independientes: Una Revisión de la Literatura*”. En VVAA: *Contribuciones a la Economía*. Disponible en: <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.pdf> [en línea]. (Consultada 28/04/2014).

SOPEÑA BLANCO, V. y OTERO, H. “La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz?” *Anuario de la Competencia* 2013. Fundación ICO. Ed. Marcial Pons. Madrid 2014.

SORIANO GARCÍA, J. E: “Código penal y cumplimiento normativo: la paradoja de un derecho suave que elimina al más fuerte de los derechos (los tiempos están cambiando)”. Ed. *Centro de Buen Gobierno, Instituto de Empresa*. España, 2016. Página 23

SORIANO GARCÍA, J. E: “*Derecho público de la Competencia*”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1998

SORIANO GARCÍA, J. E: “*Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*”. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1993

SORIANO GARCÍA, J. E: “*El Derecho Administrativo y los Desafíos del Siglo XXI*”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 150. Año 2011. Páginas 247-276.

SORIANO GARCÍA, J. E: “*La Defensa de la Competencia en España*”. Ed. Iustel. Madrid, 2007.

SORIANO GARCÍA, J. E: “*Las securites and Exchange Commission. Un ejemplo de entidad Instrumental de Carácter Expansivo*”. En VVAA *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, volumen 1. Ed. Civitas. Madrid 1994.

SORIANO GARCÍA, J. E: “*Non venire contra factum proprium (un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del derecho)*”. En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pastor. Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010.

SORIANO GARCIA, J.E y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. G: “*Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía Sostenible en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia*”. En: VVAA. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Nº 22, 2011. Pp. 9-21

SORIANO HINOJOSA, A.: “De la tradicional inarbitrabilidad del Derecho de la competencia a su paulatina aceptación general”. *Revista La Ley*. Núm. 31. Fecha de publicación: 31 de noviembre de 2015.

STORY, J. y QUIROGA, C.: *Comentarios sobre los Conflictos de Leyes*. Volumen I y Volumen II. Ed. F. Lajouane. Univerdad de Michigan, 1891.

SYNDER, F: “*Soft law and institutional practice in the European Community*”. EUI WP Law 93/s, Florence, 1993

TARRES VIVES, M: “*Normas técnicas y ordenamiento jurídico*”. Ed. Madrid, 2003

TORNOS MAS, J: “*Las cartas de servicios*”. Cuadernos de Derecho Local. Número 10. Febrero de 2006

VAQUER ALOY, A: “*El soft law europeo en la jurisprudencia española: doce casos*”. *Ars Iuris Salmanticensis Estudios*. Vol 1, 93-115. Junio 2013

VELASCO SAN PEDRO, L.A: “*La regulación económica como barrera a la competencia: liberalización y política de mejora de su calidad*”, en VVAA “*Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*”. GUILLEN CARAMÉS, J (Director). Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011

VÉLEZ FRAGA, M y LAPRESTA BIENZ, A. R: *La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia*. Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Número 40 año 2015. Páginas 110-115

VÉLEZ FRAGA, M: “El cálculo de las sanciones en materia de Defensa de la competencia según la reciente doctrina de la Audiencia Nacional”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Número 35. Año 2013. Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3911/documento/fe2.pdf?id=4798>. [En línea]

VVAA “*Cuadernos para ingenieros*”. Volumen 15. Tema: “*Regulación*”. AGUNDEZ, M. A., MARTINEZ-SIMANCAS, J. (Coordinadores). Ed. La ley. Coeditado por Iberdrola y el Colegio de ingenieros ICAI. España, 2012.

VVAA “La estructura administrativa para la aplicación del Derecho de la competencia en España: la CNMC”. En VVAA *Derecho europeo de la competencia y su aplicación en España: “liber amicorum” en homenaje a Santiago Martínez Lage*. PEDRAZ CALVO, M., ORDÓÑEZ SOLÍS, D. y MARTÍNEZ LAGE- SOBREDO, S. (Coordinadores). Ed. La ley. Madrid, 2014.

VVAA *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. MASSAGUER, J, FOLGUERA, J, SALA ARQUER, J. M, GUTIERREZ, A. (Directores). 2ª Edición. Ed. Aranzadi, S.A. Navarra, 2010

VVAA *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación Económica*. Volumen I. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008.

VVAA *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Ed Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 283

VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. SORIANO GARCIA, J.E. (Director), LORENZANA TENORIO, A. y ORTIZ LAVERDE, S. M. (Coordinadores). Ed. Civitas Thomson Reuters. Navarra 2012ç

VVAA Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013.

WHISH, R.: “*Competition Law*”. Edición séptima. Ed. Oxford University Press. 2012. Pág. 49-58.